كتاب المنتقى

شرح موطأ الإمام مالك بن أنس

القاضى ابو الوليد الباجى الاندلسى

الجزءان، الثالث والرابع

«الجزء الثالث من»

كتاب

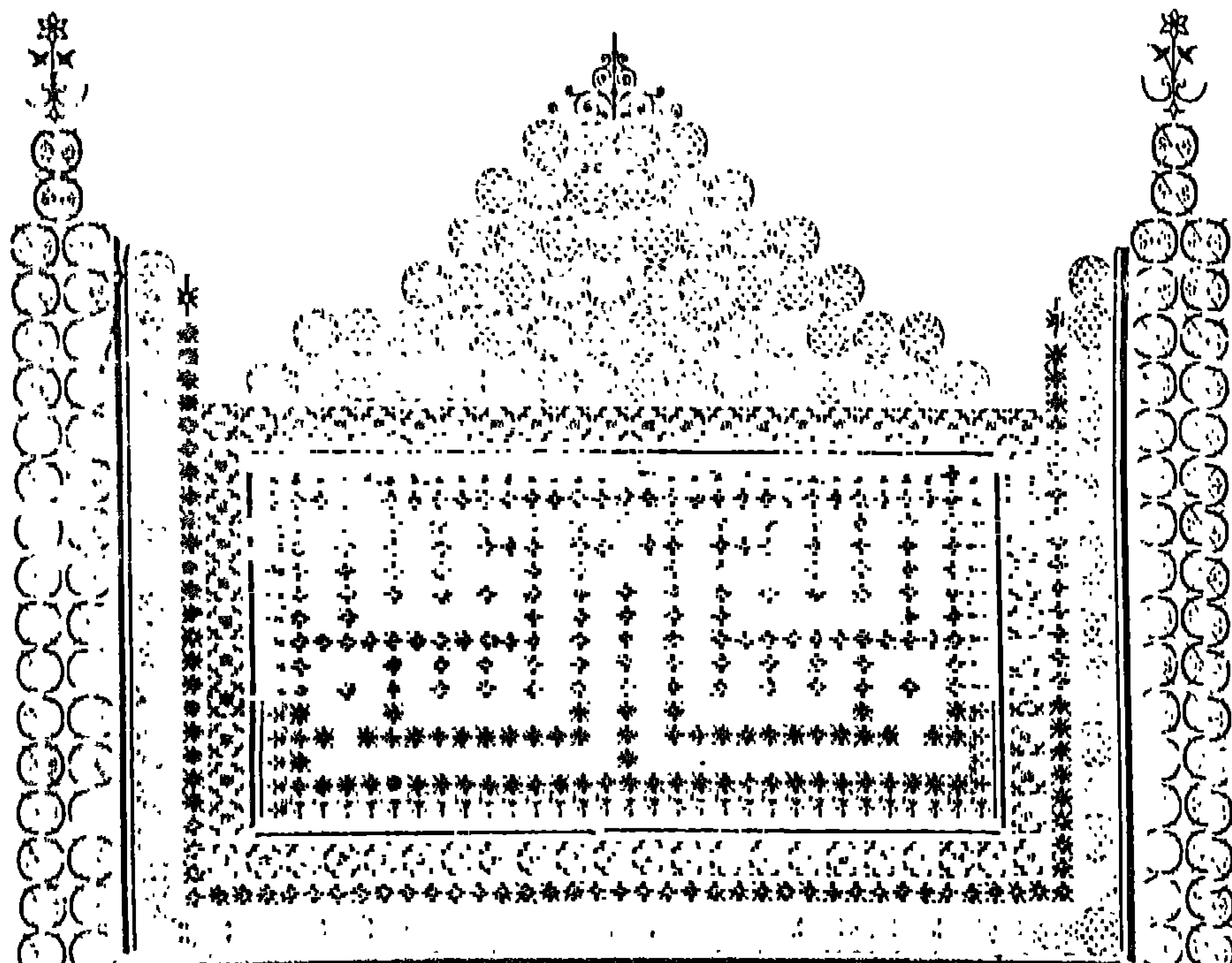
المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضى الله عنه

تأليف القاضى أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث
الباجى الاندلسى من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة
المالكية المولود سنة ٤٠٣ المتوفى سنة ٤٩٤
رحمه الله ورضى عنه

« الطبعة الاولى ـ سنة ١٣٣٢ هـ »

مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر

الطبعة الثانية
دار الكتاب الإسلامى
القاهرة



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ هدى المحرم اذا أصاب أهله ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وأباهريرة سألوا عن رجل أصاب أهله وهو محرم بالحج فقالوا ينفذان لوجههما حتى يقضيا حجهما ثم عليهما حج قابل والهدى قال وقال على ابن أبى طالب واذا أهلا بالحج من عام قابل تفرقا حتى يقضيا حجهما ﴾ ش قوله فى الذى أصاب أهله يريد جامعها فى حال احرامه بالحج ينفذان يريدون أن عليهما المضى فى الحج الفاسد حتى يتماه على حسب ما كانا يتمان الحج الصحيح ولذلك قالوا رضى الله عنهم حتى يقضيا حجهما وانما أشاروا الى الحج المعهود والأصل فى ذلك قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله

(فصل) وقولهم ثم عليهما حج قابل والهدى يريدون قضاء الحج الذى أفسداه ومن أين يحرم بالقضاء قال مالك يحرم به من حيث كان أحرم بالأول الا أن يكون أحرم بالأول من أبعد من ميقاته فلا يلزمه أن يحرم الا من الميقات وقال الشافعى ان كان أحرم من أبعد من ميقاته فيلزمه فى القضاء الاحرام منه ودليلنا أن هذا أحد الميقاتين فلا يلزمه فى القضاء ما كان التزم منه فى الأداء زائدا على ميقاته أصل ذلك ميقات الزمان (مسئلة) ولا يخلو أن تكون زوجته أو أمته والأظهر من لفظ الأهل الزوجة فان كانت زوجة فلا يخلو أن تكون طاوعته أو أكرهها فان كانت طاوعته فعلى كل واحد منهما أن يقضى الحج ويهدى لان حالهما فى ذلك كحاله (مسئلة)

﴿ هدى المحرم اذا أصاب أهله ﴾

* حدثني يحيي عن مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وأبا هريرة سئلوا عن رجل أصاب أهله وهو محرم بالحج فقالوا ينفذان لوجههما حتى يقضيا حجهما ثم عليهما حج قابل والهدى * قال وقال على بن أبى طالب واذا أهلا بالحج من عام قابل تفرقا حتى يقضيا حجهما

فان كان أكرهها فعليه أن يحجها من ماله و يهدي عنها لان مايلزمها من النفقة والهدي مما أتلفه عليها فوجب عليه حمله عنها وأما مباشرة ذلك بنفسها فانها من أحكام الأبدان التي تختص بها وتلزمها فلا يحمله عنها كما لو أفسد صومها لكان عليه الكفارة وعليها القضاء (مسئلة) وان كانت أمته فعليه أن يحجها و يهدي عنها سواء أكرهها أم لا ووطؤه لها اذن في حجها قاله ابن القاسم عن مالك في العتبية والمواز يه زاد محمد بن عبد الملك ولا يصوم عنها ووجه ذلك انه مالك لها لا تستطيع الامتناع منه وهو يملك تصرفها فاذا رضي بوطئها فقد رضي باسقاط حقه من سعيه بخلاف الزوجة فانه لا يملك تصرفها

(فصل) وقولهم والهدي الهدي يحتاج الى صفة قال مالك هو بدنة و به قال الشافعي وهو قول ابن عباس وقال أبو حنيفة تجزئه شاة والدليل على صحة ماذهب اليه مالك قال القاضي أبو الحسن هو قول عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم ولا مخالف لهم ودليلنا من جهة القياس انه وطئ عمدا في احرام فوجب أن يكون هديه بدنة أصل ذلك اذا وطئ بعد الوقوف فعن أبي حنيفة عليه بدنة ولا يفسد عليه حجه (فرع) قال القاضي أبو الحسن هذا عندي يجب مع القدرة على البدنة فان لم يجد فبقرة فان لم يجد فشاة لانه لا يخرج هذا عن أصله قال وهذا المنصوص عليه حتى انه لو أخرج شاة مع القدرة على البدنة أجزاه على تكره منه فهذا من قول القاضي أبي الحسن يدل على أن الكلام في الاستحباب

(فصل) وقول علي رضي الله عنه واذا أهلا بالحج من عام قابل تفرقا حتى يقضيا حجهما و به قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس عليهما ان يتفرقا والدليل على مانقوله قول علي وابن عباس ولا مخالف لهما من الصحابة فثبت أنه اجماع ومن جهة المعنى انه قد ظهر منهما من التسرع الى الفساد في العبادة بالوطء مايخاف عليهما مثله في القضاء والقضاء واجب تسليمه من الوطء فيلزم أن يفرق بينهما احتياطا للعبادة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال مالك في العتبية يفترقان في حج القضاء من يوم يحرمان و به قال ابن عباس وقال الشافعي انما يفترقان من حيث أفسدا حجها الأول والدليل على مانقوله ان هذه مرة من الاحرام تفسد بالجماع فيلزمهما أن يفترقا فيها أصل ذلك مابعد موضع الجماع في الحج الأول * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه جاوبت الصحابة رضي الله عنهم عن هذه المسئلة على عمومها واطلاقها ولم يسألوا السائل هل كان الوطء عامدا أو ناسيا وذلك يدل على أن حكمهما واحد في الفساد والهدي وهذا ماقال مالك رحمه الله وقال الشافعي في أحد قوليه الوطء على وجه النسيان لا يفسد الحج والدليل على مانقوله ان هذا وطء صادف احراما لم يتحلل من شئ منه فوجب أن يفسد كالعمد ص * مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول ماترون في رجل وقع بامرأته وهو محرم فلم يقل له القوم شيأ فقال سعيد ان رجلا وقع بامرأته وهو محرم فبعث الى المدينة يسأل عن ذلك فقال بعض الناس يفرق بينهما الى عام قابل فقال سعيد بن المسيب لينفذا لوجههما فليتما حجهما الذي أفسدا فاذا فرغا رجعا فان أدركهما حج قابل فعليهما الحج والهدي و يهلان من حيث أهلا بحجهما الذي أفسدا و يتفرقان حتى يقضيا حجهما * قال مالك يهديان جميعا بدنة بدنة * ش سؤال سعيد بن المسيب لاصحابه عن هذه المسئلة على حسب ما كان يفعل يقصد بذلك اختبار أصحابه وتدريبهم وتنبيههم على المسائل وسكوت القوم عنه اما لانه لم يكن عندهم علم بذلك أو لانهم آثروا تعظيمه والمبالغة في بره وصرف الأمر اليه

وحدثني عن مالك عن يحيى ابن سعيد انه سمع سعيد ابن المسيب يقول ماترون في رجل وقع بامرأته وهو محرم فلم يقل له القوم شيأ فقال سعيد ان رجلا وقع بامرأته وهو محرم فبعث الى المدينة يسأل عن ذلك فقال بعض الناس يفرق بينهما الى عام قابل فقال سعيد بن المسيب لينفذا لوجههما فليتما حجهما الذي أفسداه فاذا فرغا رجعا فان أدركهما حج قابل فعليهما الحج والهدي و يهلان من حيث أهلا بحجهما الذي أفسدا و يتفرقان حتى يقضيا حجهما * قال مالك يهديان جميعا بدنة بدنة

(فصل) وقول بعض الناس يفرق بينهما الى عام قابل حكاه سعيد بن المسيب على سبيل الانكار له ولذلك بين أن افتراقهما انما يكون من حيث يحرمان بالحج ولا فائدة فى أن يفرق بينهما قبل أن يحلا من الحجة التى أفسدا الان وطأها فى هذا العام لا يفسد عليهما حجا ولا يوجب عليهما هديا ولا فائدة فى أن يفرق بينهما بعد الاحلال منه وقبل الاحرام بحج القضاء لانهما انما يكونان حلالين فلا معنى للتفريق بينهما

(فصل) وقوله فاذا افترغا رجعا يحتمل أن يريد بذلك الاباحة ومعنى ذلك انه يجوز لهما أن يرجعا الى منازلهما ويحتمل أن يريد بذلك الوجوب ومعنى ذلك أن يرجعا الى موضع يجب عليهما فيه الاحرام منه

(فصل) وقوله فان أدركهما عام قابل فعليهما الحج والهدى يريد والله أعلم انهما يستأنفان الاحرام ولا يجوز لهما البقاء على الاحرام الأول بخلاف من فاته الحج فان له أن يبقى على احرامه الأول ويتم حجه عليه لانه احرام صحيح والذى أفسد حجه لا يجوز له أن يتم قضاء عليه لانه احرام فاسد (مسئلة) ولو أفسد حجه وفاته فقد قال مالك لا ينبغى له أن يقيم الى قابل على احرام فاسد ويتحلل بعمرة ثم يحج قابلا وهذا لما ذكرنا من أن الاحرام الفاسد لا يجوز له أن يتم عليه القضاء

(فصل) وقوله وان أدركهما عام قابل فعليهما الهدى يقتضى أن الهدى لا يكون الا فى العام المقبل وكذلك فى العتبية والموازية عن مالك من رواية أشهب

(فرع) فان عجله قبل القضاء فقد قال عبد الملك بن الماجشون فيمن عجل هدى الفساد قبل القضاء انه يجزئه وان كان أحب الينا أن يكون مع حجه القضاء ويحتمل على قول أصبغ فى هدى الفوات أن لا يجزئه

(فصل) وقوله يهلان من حيث أهلا بحجهما الذى أفسدا ويتفرقان حتى يقضيا حجهما على ما تقدم وقد روى ابن المواز عن مالك لا يتسايران ولا يجتمعان فى منزل ولا بجحفة ولا بمكة ولا بمنى وهذا على ما ذكرناه من التوقى الواجب القضاء لما علم من تيسر عملهما الى ما أفسدا به حجهما

(فصل) وقول مالك ويهديان جميعا بدنة بدنة وذلك ان هدى فساد الحج بالوطء بدنة على ما تقدم ولما أفسد كل واحد منهما الحج ولزمه بذلك القضاء لزمه الهدى الذى هو البدنة ص ❋ قال يحيى قال مالك فى رجل وقع بامرأته فى الحج ما بينه وبين أن يدفع من عرفة ويرمى الجمرة انه يجب عليه الهدى وحج قابل قال فان كانت اصابته أهله بعد رمى الجمرة فانما عليه أن يعتمر ويهدى وليس عليه حج قابل ❋ ش وهذا كما قال ان المصيب لاهله لا يخلو أن يكون أصابها قبل الوقوف بعرفة أو بعد ذلك فان كان أصابها قبل الوقوف بعرفة فلا خلاف فى فساد حجها وانه يجب عليهما الهدى وحج قابل على ما قال وقد تقدم شرح ذلك وبيانه وقوله فيما بينه وبين أن يدفع من عرفة ويرمى الجمرة فانه يجب عليه الهدى وحج قابل نص على ما كان قبل وقوفه بعرفة ونص بعد ذلك على ما كان بعد رمى جمرة العقبة ولم ينص على من وطئ بعد الوقوف وقبل الرمى وقد روى القاضى أبو محمد عنه فى ذلك روايتين احداهما وهى المشهورة انه قد أفسد حجه وبها قال الشافعى والثانية أنه لا يفسد حجه وبها قال أبو حنيفة وجه القول الأول انه وطء صادف احراما لم يتحلل منه فوجب أن يفسده أصل ذلك اذا كان قبل الوقوف بعرفة قال القاضى أبو الحسن ولا يلزمنا على هذا اذا وطئ بعد يوم النحر وقبل أن يرمى لان التحلل عندنا يقع بالرمى فى وقته أو بانقضاء وقته وفواته ووجه القول الثانى

❋ قال يحيى قال مالك فى رجل وقع بامرأته فى الحج ما بينه وبين أن يدفع من عرفة ويرمى الجمرة انه يجب عليه الهدى وحج قابل قال فان كانت اصابته أهله بعد رمى الجمرة فانما عليه أن يعتمر ويهدى وليس عليه حج قابل

انه معنى يوجب القضاء فوجب أن يؤمر بالوقوف بعرفة كالفوات (مسئلة) وهذا اذا كان وطؤه يوم النحر قبل غروب الشمس فان كان بعد غروب الشمس من يوم النحر فقد روى أصحابنا عن مالك فيمن وطئ الغد من يوم النحر قبل أن يرمى و يفيض لم يفسد حجه وليس بمنزلة من وطئ يوم النحر وعليه عمرة وهدى لوطئه وهدى آخر لما أخر من رمى جمرة العقبة و وجه ذلك ان التحلل قد حصل بانقضاء وقت الرمى وخروجه

(فصل) قوله وان كانت اصابته أهله بعد رمى الجمرة فانما عليه أن يعتمر و يهدى وليس عليه حج قابل والوطء بعد الرمى لا يخلو أن يكون قبل الافاضة أو بعدها فان كان قبل الافاضة فلا يخلو أن يكون يوم النحر أو بعده فان كان يوم النحر فقد اختلف فيه قول مالك والمشهور عنه أنه لا يفسد حجه قال القاضى أبو الحسن وهو الصحيح وقد قال أيضا يفسد قبل الافاضة و به قال أبو حنيفة والشافعى وجه الرواية الاولى انه وطئ بعد أن حل له اللباس والقاء التفث فلم يفسد بذلك حجه كما لو وطئ بعد الطواف و وجه الرواية الثانية انه وطئ يوم النحر فى حال المنع من الوطء لأجل الحج فوجب أن يفسد حجه كما لو وطئ قبل الوقوف (فرع) فاذا قلنا لا يفسد حجه فانه يلزمه عمرة وهدى وقال أبو حنيفة والشافعى لا يجب عليه عمرة والدليل على صحة ما نقوله ان عليه أن يأتى بطواف الافاضة فى نسك لم يدخل عليه نقص الوطء وذلك لا يكون الا بالعمرة لأن الطواف لا يكون فى الاحرام الا بحج أو عمرة وقد قلنا انه لا حج عليه فلزمته العمرة (مسئلة) فان وطئ بعد الافاضة وقبل الرمى فلا يخلو أن يكون ذلك يوم النحر أو بعده فان كان يوم النحر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال ابن القاسم وابن كنانة وأصبغ لا يفسد وليس عليه الا الهدى وقال أشهب وابن وهب يفسد حجه وجه قول ابن القاسم انه قد وجد أحد التحللين فلم يفسد حجه كما لو تقدم الرمى ووطئ قبل الطواف و وجه قول أشهب انه وطئ يوم النحر قبل الرمى ففسد حجه كما لو وطئ قبل الطواف (مسئلة) فان كان وطؤه بعد يوم النحر فقد روى ابن حبيب عن أصبغ لا شئ عليه غير الهدى ص ﴿ قال مالك الذى يفسد الحج أو العمرة حتى يجب عليه فى ذلك الهدى مع الحج أو العمرة التقاء الختانين وان لم يكن ماء دافق قال و يوجب ذلك أيضا الماء الدافق اذا كان من مباشرة فأما رجل ذكر شيئا حتى خرج منه ماء دافق فلا أرى عليه شيئا ﴾ ش وهذا كما قال ان الذى يفسد الحج والعمرة التقاء الختانين على أى وجه وقع من عمد أو نسيان هذا مذهب مالك وقال الشافعى فى أحد قوليه التقاء الختانين على وجه النسيان لا يفسد الحج وقد تقدم ذكره وقوله الذى يفسد الحج والعمرة حتى يجب بذلك الهدى فى الحج أو العمرة يحتمل معنيين أحدهما أن يكون معنى قوله فى الحج أو العمرة أن الافساد وجد فى أحدهما فيجب بذلك الهدى والقضاء فاجتزأ بذكر الافساد عن ذكر القضاء والثانى انه يريد انه يجب عليه بذلك الهدى فى الحج والعمرة الذى هو القضاء عما أفسده منهما وذلك أن الواجب على من أفسد حجا أو عمرة التمادى فيما أفسد منهما حتى يتممه على ما كان التزمه ودخل فيه ثم يقضيه و يهدى فى القضاء وقال داود يخرج عن الحج بالفساد ودليلنا قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله ودليلنا من جهة القياس انه معنى يجب به القضاء فلم يخرج به عن الاحرام كالفوات

(فصل) وقوله التقاء الختانين وان لم يكن ماء دافق يريد ان التقاء الختانين يفسد الحج وان لم يكن انزال لأن كل حكم يتعلق بالوطء فانه يتعلق بالتقاء الختانين من افساد الحج والصوم و وجوب الحد والمهر وغير ذلك من الاحكام

قال مالك الذى يفسد الحج أو العمرة حتى يجب عليه فى ذلك الهدى مع الحج أو العمرة التقاء الختانين وان لم يكن ماء دافق *قال و يوجب ذلك أيضا الماء الدافق اذا كان من مباشرة فأما رجل ذكر شيئا حتى خرج منه ماء دافق فلا أرى عليه شيأ

(فصل) وقوله ويوجب ذلك أيضا الماء الدافق اذا كان من المباشرة يريد ان الحج يفسد بانزال الماء الدافق من المباشرة وكذلك الوطء دون الفرج (وقال) أبو حنيفة والشافعي لا يفسد الحج شيء منه والدليل على مانقوله قوله تعالى الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج والرفث اتيان النساء ومباشرتهن ولذلك قال تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم فنهى عن المباشرة لمن فرض فيهن الحج والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ودليلنا من جهة القياس انه فعل محظور لأجل الاحرام يفضي الى الانزال فوجب أن يفسد الحج أصل ذلك الوطء في الفرج

(فصل) قوله وأما رجل ذكر شيئا حتى خرج منه ماء دافق فلا أرى عليه شيئا فان ظاهر قوله استدامة التذكر وترديده على قلبه حتى ينزل لأنه أتى بلفظ الغاية فقال انه ان ذكر شيئا حتى أنزل وذلك لا يستعمل الا فيما يستدام ويكرر وقد قال انه لا شيء عليه حكى القاضي أبو الحسن عن مالك فيمن كرر التذكر حتى أنزل روايتين والذي روى ابن القاسم عن مالك في العتبية والموازية انه قد أفسد الحج وروى عنه أشهب ليس عليه الا الهدي ووجه رواية ابن القاسم انه قصد معنى يتوصل به الى الانزال فوجب أن يفسد حجه اذا أنزل به أصل ذلك المباشرة ووجه رواية أشهب انه معنى لو أنزل به على وجه السهو لم يفسد حجه فكذلك اذا قصده كالاحتلام لمن نام فقصد الاحتلام وقد روى ابن القاسم عن مالك في الموازية والعتبية من تذكر شيئا فأنزل فلا يفسد حجه قال أحمد ابن ميسرة ويهدي ومعنى ذلك انه أجرى على قلبه ذكرا من غير قصد ص ﴿قال مالك ولو أن رجلا قبل امرأته ولم يكن من ذلك ماء دافق لم يكن عليه في القبلة الا الهدي﴾ ش وهذا كما قال لأن القبلة ممنوعة لحرمة الاحرام فاذا لم تفض الى الانزال لم يجب بها الا الهدي وانما وجب بها الهدي لأنه أدخل على نسكه نقصا بما أتاه من الاستمتاع فلزمه الهدي ليجبر بذلك ما أدخل على نسكه من النقص وقد روى ابن المواز عن مالك ان هديه بدنة ووجه ذلك انه هدي يجب بالاستمتاع فكان بدنة كهدي الوطء (مسئلة) وكل ما فيه نوع من الالتذاذ بالنساء فانه ممنوع في حق المحرم فما كان لا يفعل الا للذة كالقبلة ففيه الهدي على كل حال وما كان يفعل للذة ولغير لذة مثل لمس كفها أو شيء من جسدها فما أتى من هذا كله على وجه اللذة فممنوع وما كان لغير لذة فمباح ص ﴿قال مالك ليس على المرأة التي يصيبها زوجها وهي محرمة مرارا في الحج أو العمرة وهي له في ذلك مطاوعة الا الهدي وحج قابل ان أصابها في الحج وان كان أصابها في العمرة فانما عليها قضاء العمرة التي أفسدت والهدي﴾ ش وهذا كما قال ان المرأة التي يصيبها زوجها وهي محرمة مرارا فانه ليس عليها الا حج قابل والهدي يجب ذلك عليها بأول وطء وأما الثاني وما بعده فانه لا يجب به هدي ولا حج ولا عمرة سواء كفر عن الوطء الاول قبل الوطء الثاني أو لم يكفر حتى وطئ وقال أبو حنيفة ان كفر عن الوطء الاول فعليه كفارة ثانية عن الوطء الثاني وان لم يكن كفر عن الوطء الاول فليس عليه كفارة ثانية للوطء الثاني وللشافعي قولان أحدهما مثل قولنا والثاني انه يجب عليه عن كل وطء كفارة سواء كفر عن الاول أو لم يكفر والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ان الوطء الثاني وطء قبل التحلل لم يفسد نسكا فلم يوجب كفارة أصله اذا وطئ ثانية قبل أن يكفر عن الاولى

(فصل) وقوله وهي له في ذلك مطاوعة لما بيناه قبل هذا من أن المكرهة لا هدي عليها وان لزمها القضاء غير ان على من أكرهها الانفاق عليها لانه يتحمل عنها ما يلزمها من حقوق المال وأما حقوق

قال مالك ولو أن رجلا قبل امرأته ولم يكن من ذلك ماء دافق لم يكن عليه في القبلة الا الهدي قال مالك ليس على المرأة التي يصيبها زوجها وهي محرمة مرارا في الحج أو العمرة وهي له في ذلك مطاوعة الا الهدي وحج قابل ان أصابها في الحج وان كان أصابها في العمرة فانما عليها قضاء العمرة التي افسدت والهدي

الاجسام فانه لا تدخلها النيابة ولا التحمل فلا بد لها من مباشرة ذلك بنفسها

(فصل) وقوله ليس عليها اذا طاوعته الا الهدى وحج قابل يريد ان القضاء والهدى يلزمهما وانما خص بذلك حج قابل لانه أقرب وقت يمكنهما فيه جبر ما أفسدا من حجهما ولا يختص القضاء بالعام المقبل اختصاصا يتعلق به دون غيره من الاعوام وانما ذلك على ما يلزم من تعجيل القضاء ولذلك لا نقول في العمرة يفسدها بالوطء يقضيها في العام المقبل بل يحل من العمرة التى أفسد ويشرع في القضاء اذا أمكنه ذلك

(فصل) وقوله وان كان أصابها في العمرة فانما عليها قضاء العمرة التى أفسدت والهدى ذكر حكم العمرة في هذا بعد ان ذكر حكم الحج وانما يكون فسادها للعمرة اذا كان الوطء قبل كمال السعى فحينئذ يلزمه التمادى فيها ثم القضاء والهدى وأما ان كان الوطء في العمرة بعد اكمال السعى فان العمرة لا تفسد

﴿ هدى من فاته الحج ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال أخبرنى سليمان بن يسار أن أبا أيوب الانصارى خرج حاجا حتى اذا كان بالنازية من طريق مكة أضل رواحله وانه قدم على عمر بن الخطاب يوم النحر فذكر له ذلك فقال له عمر اصنع ما يصنع المعتمر ثم قد حللت فاذا أدركك الحج قابلا فاحجج واهد ما استيسر من الهدى ﴾ ش قوله ان أبا أيوب لما كان بالنازية من طريق مكة أضل رواحله يقتضى ما بعده من ذكر فوات الحج ان ذلك كان سبب فوات الحج اما لانه شغل بطلبها وهو يقدر ان يدرك الحج فتتابع ذلك منه حتى بقى من المدة ما قدر فيه انه يدرك الحج فيه فأخلفه تقديره ولم تدركه واما لانه عجز عن الوصول الى الحج بعدم رواحله التى كان يتوصل بها فلم يمكنه الوصول الا بعد الفوات

(فصل) وقوله وانه قدم على عمر بن الخطاب يوم النحر يريد انه قدم عليه بمنى ولم يصل الى عرفة في وقت يدرك فيه الحج فذكر ذلك لعمر بن الخطاب يحتمل انه ذكر له ما جرى عليه من اضلال رواحله وان ذلك سبب فوات حجه ويحتمل أن يخبره بفوات الحج خاصة لان حكمه انما يتعلق به دون سببه لان من فاته الحج بخطأ عدد أو بمرض أو بخفاء هلال أو لشغل أو بأى وجه كان غير العدو المانع فحكمه واحد لا يحله الا البيت ويحج قابلا ويهدى أهل مكة وغيرهم في ذلك سواء رواه ابن المواز عن مالك (مسئلة) فاذا فاته الحج بشئ مما ذكرناه فانه لا يحل دون البيت وهو بالخيار بين أن يتم عمله عمرة يتحلل بها ويهدى وبين أن يبقى على احرامه الى قابل والتحلل أفضل له عند مالك

(فصل) وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه اصنع ما يصنع المعتمر ثم قد حللت يريد والله أعلم انه يأتى بعمرة كاملة بطوافها وسعيها بنيتها يتحلل بها ولذلك قال مالك رحمه الله ان فاته الحج يتحلل بعمرة يستأنف لها طوافا وسعيا وبه قال أبو حنيفة والشافعى وقال أبو يوسف ينقلب احرامه فيصير عمرة ويكون بطوافه وسعيه وحلاقه متحللا من العمرة لا من الحج الفائت والدليل على ما نقوله أن احرامه بالحج لو ينقلب عمرة لكان قد انفسخ عما وقع عليه والفسخ منسوخ بلا خلاف بيننا وبينه ودليلنا من جهة القياس ان من انعقد احرامه بنسك لم ينقلب الى غيره كما لو أحرم بعمرة

(فصل) فان أدركك الحج قابلا فاحجج يقتضى وجوب القضاء عليه وقوله واهد ما استيسر من

﴿ هدى من فاته الحج ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد انه قال أخبرنى سليمان بن يسار أن أبا أيوب الانصارى خرج حاجا حتى اذا كان بالنازية من طريق مكة أضل رواحله وانه قدم على عمر بن الخطاب يوم النحر فذكر ذلك له فقال عمر اصنع كما يصنع المعتمر ثم قد حللت فاذا أدركك الحج قابلا فاحجج واهد ما استيسر من الهدى

الهدى يقتضي أن الهدى انما ينحره في عام قابل ولا ينحره قبل ذلك قال مالك وليس له أن يقدم حتى يحج قابلا فيهديه ولا يقدمه قبل حجة القضاء وان خاف الموت قبل ذلك قال ابن القاسم ولو اعتمر قبل ذلك فنحره في عمرته رجوت أن يجزيه كما يجزيه بعد موته أن يهدى عنه وجه القول الاول ان القضاء بدل من الحج الاول والهدى جبر له فوجب أن يكون مع القضاء لانه من جنسه و بمعنى القضاء لبعضه ووجه قول ابن القاسم ما احتج به (فرع) فاذا قلنا لا ينحره قبل القضاء ففعل فقد قال أصبغ ان فعل لم يجزه وقال بعض العلماء يجزيه ص ﴿ مالك عن نافع عن سليمان ابن يسار أن هبار بن الاسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحر هديه فقال يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة كنا نرى ان هذا اليوم يوم عرفة فقال عمر اذهب الى مكة فطف أنت ومن معك وانحر واهديا ان كان معكم ثم احلقوا أو قصروا وارجعوا فاذا كان عام قابل فحجوا واهدوا فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع ﴾ ش قوله أن هبار بن الاسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحر هديه يريد جاء منى واستغنى عن ذكره لمعرفة السامع أن عمر بن الخطاب لا ينحر هديه يوم النحر الا بمنى فقال يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة كنا نرى ان هذا اليوم يوم عرفة وذلك انهم أخطؤا العدة فظنوا ان يوم النحر يوم عرفة ففاتهم الوقوف بعرفة لفوات يومه لانهم وردوا منى متوجهين الى عرفة يوم النحر فلما وجدوا عمر بن الخطاب رضى الله عنه و جميع الحاج بمنى علموا انهم أخطؤا العدة وفاتهم الوقوف ولو أخطأ أهل الموسم فكان وقوفهم بعرفة يوم النحر فقد روى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم انهم يمضون على عملهم و ينحرون هديهم من الغد و يتأخر عمل الحج كله يوما ويجزيهم ولا خلاف ان من أتى عرفة يوم النحر بعد الفجر انه قد فاته الحج ولا يجوز له أن يقف بعرفة وهو يعتقد أن وقوفه في غير يوم عرفة ولو أخطأ أهل الموسم فوقفوا بعرفة يوم التروية فقد روى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم يعيدون الوقوف بعرفة يوم عرفة وقد روى أبو بكر بن اللباد انه اختلف قول سحنون فيه ووجه قول ابن القاسم انه لم يفت الوقوف ولا زمنه فكان عليهم اعادته

(فصل) وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه اذهب أنت ومن معك الى مكة ولم يأمره بالخروج الى الحل يقتضي انه قد علم أن احرامه بالحج كان من الحل ولا يخلو الذى فاته الحج أن يكون أحرم بالحج من مكة أو من الحل فان كان أحرم من مكة وفاته الحج قبل أن يخرج الى الحل فلا بد أن يخرج اليه ثم يدخل الى مكة فيطوف ويسعى لعمرته و يحل قاله ابن المواز ووجه ذلك ما قدمناه من انه لا بد من الجمع بين الحل والحرم في النسك فمن أحرم من مكة ولم يخرج الى الحل لزمه أن يخرج اليه ليتم حكم نسكه بالجمع بين الحل والحرم وان كان أحرم من الحل لم يلزمه أن يخرج اليه بعد الفوات والفرق بينه و بين الطواف والسعي انه لا بد أن يعيدهما للعمرة التحلل من قد فاتهما للحج الذى فاته ولا يفعل ذلك من الخروج الى الحل

(فصل) وقوله وطف أنت ومن معك أمرهم رضى الله عنه بالطواف ولا بد من السعي معه وان لم يذكره لما علم انه من توابعه ثم قال وانحروا هديا ان كان معكم يريد ان كان منهم من قد ساق الهدى فلينحره على ما ساقه عليه من تطوع أو واجب وهذا ليس من هدى الفوات بسبيل انما هو هدى قلدوه وأشعروه حين الاحرام بالحج

(فصل) وقوله رضى الله عنه ثم احلقوا أو قصروا وارجعوا يريد أن عليهم أن يتحللوا ولا يكون الا

* وحدثنى مالك عن نافع عن سليمان بن يسار ان هبار بن الاسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحر هديه فقال يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة كنا نرى أن هذا اليوم يوم عرفة فقال عمر اذهب الى مكة فطف أنت ومن معك وانحروا هديا ان كان معكم ثم احلقوا أو قصروا وارجعوا فاذا كان عام قابل فحجوا واهدوا فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع

بحلاق أو تقصير لمن أراده منهم واختاره وان كان الحلاق أفضل على ما يأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وقوله ثم ارجعوا لم يكن على جهة الالزام والوجوب وانما هو على جهة اباحة الرجوع والأمر بالفضل أو على ما علمه رضي الله عنه من حالهم انه لا يمكنهم الا الرجوع الى أهاليهم وانهم لو أمروا بغير ذلك لشق عليهم فاعلمهم ما علمه من الأمر المباح لهم

(فصل) وقوله رضي الله عنه واذا كان عاما قابلا فحجوا واهدوا يريد انه يجب عليهم القضاء للحج الذي فاتهم سواء كان فرضا أو نافلة ويجب عليهم الهدي لاجل الفوات والتحلل بغير ما أحرموا به فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع وهذا حكم كل من وجب عليه هدي يلزمه اخراجه فلم يجده فاما هدي الجزاء وفدية الأذى فليس بلازم بل هو مخير بينه وبين غيره ص ﴿ قال مالك ومن قرن الحج والعمرة ثم فاته الحج فعليه أن يحج قابلا ويقرن بين الحج والعمرة ويهدي هديين هديا لقرانه الحج مع العمرة وهديا لما فاته من الحج ﴾ ش وهذا كما قال ان من قرن الحج والعمرة ففاته فان عليه أن يحج قابلا قضاء عن الحج الذي فاته وعلى صفته من القران ولا تسقط عنه العمرة مع الحج في القضاء بالعمرة التي تحلل بها لان تلك ليست بالعمرة التي قرنها مع حجه لان تلك لا يصح التحلل منها ولا الاتمام لها الا مع تمام الحج والتحلل منه على حسب ما قرنها به وهذه العمرة انما هي عمرة التحلل ألا ترى ان من أفرد الحج ثم فاته تحلل منه بعمرة فثبت ان عمرة التحلل غير العمرة التي قرنها بحجه

(فصل) وقوله رضي الله عنه ويهدي هديين هديا لقرانه وهديا لفوات الحج يريد انه يهدي في حجة القضاء هديين هديا للقران في ذلك العام وهديا للفوات في العام الخالي ولم يذكر حكمه في هدي القران عن العام الماضي الذي فاته فيه الحج والعمرة ان كان يلزمه الدخول فيه أو يسقط عنه بالفوات وفي كتاب ابن المواز من رواية أبي زيد عن ابن القاسم ما يدل على ان دم القران يسقط بالفوات والتحلل بالعمرة ومن رواية ابن القاسم عن مالك انه لا يسقط وجه القول الاول انه يتحلل بعمرة فلم يلزمه دم القران كالذي أحرم بعمرة مفردة ووجه الرواية الثانية انه أحرم قارنا فلزمه حكم القران في الدم كما لو أتم قرانه

﴿ هدي من أصاب أهله قبل أن يفيض ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي الزبير المكي عن عطاء بن أبي رباح عن عبد الله بن عباس انه سئل عن رجل وقع بأهله وهو بمنى قبل أن يفيض فأمره أن ينحر بدنة ﴾ ش قوله في الذي وقع بأهله بمنى قبل أن يفيض ينحر بدنة يقتضي على مذهب مالك أن يكون بعد ارمي بجمرة العقبة أو بعد يوم النحر وقبل الافاضة وأما ان أصابها قبل يوم النحر فقد تقدم ان المشهور من مذهب مالك ان حجه يفسد وان كان قد روي عنه ان عليه الهدي مع العمرة

(فصل) وقوله ينحر بدنة البدنة أرفع الهدي لان الهدي قد يكون بقرة ويكون شاة وأرفع ذلك البدنة وخصه ههنا بالبدنة لعظم ما أتى به ص ﴿ مالك عن ثور بن زيد الديلمي عن عكرمة مولى ابن عباس قال لا أظنه الا عن عبد الله بن عباس انه قال الذي يصيب أهله قبل أن يفيض يعتمر ويهدي *مالك انه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول في ذلك مثل قول عكرمة عن ابن عباس * قال مالك وذلك أحب ما سمعت الي في ذلك ﴾ ش قوله الذي يصيب أهله قبل أن يفيض يحتمل ما قلناه قبل هذا أن يكون قبل الرمي أو بعده على التفسير الذي تقدم ذكره وقوله يعتمر ويهدي هو قول مالك

* قال مالك ومن قرن الحج والعمرة ثم فاته الحج فعليه أن يحج قابلا أو يقرن بين الحج والعمرة ويهدي هديين هديا لقرانه الحج مع العمرة وهديا لما فاته من الحج

﴿ هدي من أصاب أهله قبل أن يفيض ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي الزبير المكي عن عطاء بن أبي رباح عن عبد الله بن عباس انه سئل عن رجل وقع باهله وهو بمنى قبل أن يفيض فأمره أن ينحر بدنة * وحدثني عن مالك عن ثور بن زيد الديلمي عن عكرمة مولى ابن عباس قال لا أظنه الا عن عبد الله بن عباس انه قال الذي يصيب أهله قبل أن يفيض يعتمر ويهدي * وحدثني عن مالك سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول في ذلك مثل قول عكرمة عن ابن عباس * قال مالك وذلك أحب ما سمعت الي في ذلك

رحمه الله وهو المشهور عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه وذلك انه لما أدخل النقص على طوافه للافاضة بما أصابه من الوطء كان عليه أن يقضيه بطواف سالم احرامه من ذلك النقص ولا يصلح أن يكون الطواف في احرام الا في حج أو عمرة ص ﴿ وسئل مالك عن رجل نسي الافاضة حتى خرج من مكة ورجع الى بلاده فقال أرى ان لم يكن أصاب النساء فليرجع فليفض وان كان أصاب النساء فليرجع فليفض ثم ليعتمر وليهد ولا ينبغي له أن يشتري هديه من مكة وينحره بها ولكن ان لم يكن ساقه معه من حيث اعتمر فليشتره بمكة ثم ليخرجه الى الحل فليسقه منه الى مكة ثم ينحره بها ﴾ ش وهذا كما قال ان من نسي الطواف حتى رجع الى بلده فلا يخلو أن يذكر ذلك قبل أن يصيب النساء أو بعدما أصاب فان كان لم يصب النساء فلا بد من الرجوع الى مكة لتمام الحج بالطواف ولا يجزئ عنه الدم لانه ركن من أركان الحج (مسئلة) وان كان قد لبس وتطيب فلا شئ عليه لذلك لانه لما رمى جمرة العقبة فقد وجد منه التحلل فلا فدية عليه بلباس ولا تطيب وان كان أصاب صيدا (مسئلة) وان كان قد أصاب النساء فهذا وطئ قبل الافاضة بعد الرمي وبعد يوم النحر فعليه أن يقدم مكة فيطوف طواف الافاضة ثم يقضيه في عمرة لما أدخل على احرامه من النقص بالوطء ويهدي ولو كان وطؤه بعد الطواف وقبل الركعتين ففي المدونة عن ابن نافع انه ان كان بمكة أعاد الطواف وركع ثم يعتمر ويهدي وان كان خرج الى بلده فليركع الركعتين حيث كان ثم يهدي ورواه عيسى عن ابن القاسم

(فصل) وقوله ولا ينبغي له أن يشتري هديه بمكة وينحره بها يريد انه لا يصلح الهدي الا أن يجمع بين الحل والحرم وذلك أن يشتري في الحل فيساق الى الحرم أو يشتري في الحرم فيخرج الى الحل ثم يعود الى موضع النحر في الحرم فينحر فيه وكذلك هذا لو اشترى الهدي بمكة ثم أخرجه الى الحل ثم رده الى مكة فنحره بها أجزأه وانما الذي يمنع من ذلك أن يشتريه بمكة ثم ينحره بها قبل أن يخرجه الى الحل

(فصل) وقوله ولكنه ان لم يكن ساقه معه من حيث اعتمر يريد ان عمرته كانت من الميقات أو من الحل على حسب ما يجب أن يكون الاحرام بها من الحل لما قدمناه من انه لا بد في النسك من الجمع بين الحل والحرم ولما كان عمل العمرة جميعه في الحرم لزم أن يكون الاهلال بها من الحل بخلاف الحج فان معظمه وهو الوقوف بعرفة في الحل فجاز أن يحرم به من الحرم

(فصل) وقوله فليشتره بمكة ثم ليخرجه الى الحل فليسقه الى مكة فينحره بها يريد انه ان لم يكن معه هدي ساقه من الحل فليشتره بمكة أو حيث أمكنه من الحل والحرم لانه ليس من شرط صحة شرائه الاختصاص بأحد الأمرين فان اشتراه في الحرم بمكة أو غيرها فليخرجه الى الحل ليجمع فيه بين الحل والحرم لان المنحر في الحرم فاذا اشتراه في الحرم فلا بد من اخراجه الى الحل ثم يرد بعد ذلك الى المنحر في الحرم ولو اشترى في الحل لاجزأ ادخاله الى المنحر في الحرم وخص مكة في هذه المسئلة بالذكر لان ما أهدي في العمرة لا ينحر بمنى ولا ينحر الا بمكة

﴿ ما استيسر من الهدي ﴾

ص ﴿ مالك عن جعفر بن أبي محمد عن أبيه ان علي بن أبي طالب كان يقول ما استيسر من الهدي شاة * مالك انه بلغه ان عبد الله بن عباس كان يقول ما استيسر من الهدي شاة قال مالك وذلك أحب ما سمعت الي في ذلك لان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم

* وسئل مالك عن رجل نسي الافاضة حتى خرج من مكة ورجع الى بلاده فقال أرى ان لم يكن أصاب النساء فليرجع فليفض وان كان أصاب النساء فليرجع فليفض ثم ليعتمر وليهد ولا ينبغي له أن يشتري هديه من مكة وينحره بها ولكن ان لم يكن ساقه معه من حيث اعتمر فليشتره بمكة ثم ليخرجه الى الحل فليسقه منه الى مكة ثم ينحره بها

﴿ ما استيسر من الهدي ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب كان يقول ما استيسر من الهدي شاة * وحدثني عن مالك انه بلغه ان عبد الله ابن عباس كان يقول ما استيسر من الهدي شاة * قال مالك وذلك أحب ما سمعت الي في ذلك لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم

حرم ومن قتله منكم متعمدا الى قوله تعالى هديا بالغ الكعبة فما يحكم به فى الهدى شاة وقد سماها الله هديا وذلك الذى لا اختلاف فيه عندنا وكيف يشك أحد فى ذلك وكل شئ لا يبلغ أن يحكم فيه ببعير أو بقرة فالحكم فيه بشاة وما لا يبلغ أن يحكم فيه بشاة فهو كفارة من صيام أو اطعام مساكين ﴾ ش قوله ما استيسر من الهدى شاة يحتمل معنيين أحدهما أن يكون هذا تفسير ما استيسر من الهدى ومعناه ومقتضاه والثانى أن يكون هذا المراد بقوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى فعلم ذلك بالتوقيف أو بالدليل دون أن يختص هذا الاسم بالشاة فى مقتضى اللغة ومستعمل الخطاب فاذا قلنا انه يقع عليه بعرف التخاطب جاز أن يستدل عليه بقوله يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة لان معنى ذلك ان اسم الهدى واقع على الشاة وانها أقل ما يقع عليه اسم هدى وان علمنا ذلك بدلالة من جهة التوقيف أو الدليل فان كانت هذه اللفظة لا تختص فى اللغة بالشاة لم يجز أن يحتج على ذلك بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة لان اسم المستيسر من الهدى لا يقع عليه وانما يحتج بهذه الآية على من لا يطلق على الشاة اسم الهدى و يمنع من ذلك وأما من يقول ان اسم الهدى ينطلق عليها وعلى غيرها فلا يحتج عليه بهذه الآية وانما يحتج عليه بعموم قوله فما استيسر من الهدى ولفظ البدن عام فى كل ما يتناوله من بدن أو بقر أو غنم .وقد روى طاوس عن ابن عباس قال ما استيسر من الهدى كل بقدر يسارته فاقتضى بهذا القول ان ما استيسر من الهدى فى حق الغنى البدنة وفى حق غيره البقرة وفى حق الفقير الشاة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ما استيسر من الهدى يحتمل معنيين أحدهما ان يشير به الى أقل أجناس الهدى والثانى الى أقل صفاته فاما أقل أجناس الهدى فهو الشاة وأما أقل صفات كل جنس منها فهو ما روى عن عبد الله بن عمر انه قال البدنة دون البدنة والبقرة دون البقرة فهذا عنده أفضل من الشاة ولا خلاف نعلمه فى ذلك وانما كان الخلاف فى هذه المسئلة ان عبد الله بن عمر كان يمنع الواجد للبدنة أو البقرة ان يهدى الشاة اما منع تحريم أو منع كراهية وغيره ممن يخالفه يطلق للواجد ان يهدى الشاة مع وجود البدنة والبقرة ولفظ ما استيسر من الهدى يقتضى المستيسر منه على المخرج له لان المستيسر من الهدى انما يعود الى حال المخرج ان تيسر له اخراجه وقد يكون ذلك ينصرف الى الغنى و ينصرف الى التمكن وسهولة التناول وأما الادون والاقل فلفظ المستيسر فيه أظهر والاظهر فى هذه المسئلة أن يقول فيه على ما تعلق به مالك من انه اذا ثبت ان اسم الهدى ينطلق على الشاة بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وانه قد وقع الاتفاق على أن الشاة يتناولها فى هذه الآية اسم الهدى فان قوله تعالى فما استيسر من الهدى يتناول الشاة وغيرها مما يقع عليه اسم الهدى وانه يجوز اخراج الشاة مع وجود غيرها لان قوله تعالى فما استيسر يقتضى ما تيسر على المخرج وسهل عليه وهذا اللفظ انما يستعمل فى التخفيف والتجوز عن اليسير ولو قلت لانسان افعل ما تيسر عليك لفهم منه انه يجوز عنه ما يقع عليه اسم الفعل وتعليق هذا باختياره وما هو أسهل عليه ولو لم يرد ذلك لقال فما وجد من الهدى والله أعلم .

(فصل) وقول مالك رضى الله عنه وقد سمى الله تعالى الشاة هديا وكيف يشك أحد فى ذلك وكل شئ لا يبلغ أن يحكم فيه ببعير أو بقرة فالحكم فيه بشاة وما لا يبلغ الشاة لم يحكم فيه بهدى يقتضى الدلالة على معنيين أحدهما ان اسم الهدى يقع على الشاة لانه اذا بلغ أن يحكم فى الصيد بشاة جاز اخراجها وهذا يقتضى ان اسم الهدى يتناولها والثانى انه اذا لم يبلغ الصيد أن يحكم فيه بشاة لم يحكم فيه بهدى وهذا

حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل صياما فما يحكم به فى الهدى شاة وقد سماها الله هديا وذلك الذى لا اختلاف فيه عندنا وكيف يشك أحد فى ذلك وكل شئ لا يبلغ أن يحكم فيه ببعير أو بقرة فالحكم فيه بشاة وما لا يبلغ أن يحكم فيه بشاة فهو كفارة من صيام أو اطعام مساكين

عن مالك عن عبدالله بن أبي بكران مولاة لعمرة بنت عبد الرحمن يقال لها رقية أخبرته انها خرجت مع عمرة بنت عبدالرحمن الى مكة قالت فدخلت عمرة مكة يوم التروية وأنا معها فطافت بالبيت وبين الصفا والمروة ثم دخلت صفة المسجد فقالت أمعك مقصان فقلت لا فقالت فالتمسيه لى فالتمسته حتى جئت به فأخذت من قرون رأسها فلما كان يوم النحر ذبحت شاة

﴿ جامع الهدى ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن صدقة بن يسار المكى ان رجلا من أهل اليمن جاء الى عبد الله بن عمر وقد ضفر رأسه فقال يا أبا عبد الرحمن انى قدمت بعمرة مفردة فقال له عبد الله بن عمر لو كنت معك أو سألتنى لأمرتك أن تقرن فقال اليمانى قد كان ذلك فقال عبدالله بن عمر خذ ما تطاير من رأسك واهد فقالت امرأة من أهل العراق ما هديه يا أبا عبد الرحمن فقال هديه فقالت له ما هديه فقال عبد الله بن عمر لو لم أجد الأن أذبح شاة لكان أحب الى من أن أصوم

يقتضى أن اسم الهدى لا يتناول ما هو دونها فاقتضى ذلك عنده ان اسم الهدى ينطلق على الشاة

ص ﴿ مالك عن نافع ان عبدالله بن عمر كان يقول ما استيسر من الهدى بدنة أو بقرة ﴾ ش قوله ما استيسر من الهدى بدنة أو بقرة ظاهره يقتضى ان هذا الوصف مختص بالبدنة والبقرة وان الشاة غير مرادة بالآية اما من جهة اللغة واما من جهة الدليل عنده واذا ثبت ان اسم الهدى واقع على الشاة وجب ان يتناولها الوصف وان تستحقه وان تتناولها الآية بحق العموم ص ﴿ مالك عن عبدالله ابن أبي بكران مولاة لعمرة بنت عبد الرحمن يقال لها رقية اخبرته انها خرجت مع عمرة بنت عبد الرحمن الى مكة قالت فدخلت عمرة مكة يوم التروية وأنا معها فطافت بالبيت وبين الصفا والمروة ثم دخلت صفة المسجد فقالت أمعك مقصان فقلت لا فقالت فالتمسيه لى فالتمسته حتى جئت به فأخذت من قرون رأسها فلما كان يوم النحر ذبحت شاة ﴾ ش قولها انها دخلت مكة يوم التروية فطافت وسعت يحتمل أن تكون اهلت بالحج فطافت للورود وسعت للحج على ما يفعل غير المراهق ويحتمل ان تكون متمتعة اهلت بعمرة وطافت وسعت لعمرتها ثم قصرت لتحللها ثم أحرمت بالحج من مكة وخرجت الى منى وهذا هو الاظهر لتقصيرها بعد ذلك وذبحها يوم النحر شاة عن متعتها وادخال مالك رحمه الله هذا الحديث فى هذا الباب دليل على انه حمل ذلك على انها كانت متمتعة فاحتج باجتزائها بالشاة عن تمتعها على ان الشاة مرادة بقوله تعالى فما استيسر من الهدى وقد كان يحتمل أن يقال انه فدية لاماطتها الاذى الا انه لم يذكر حاجة الى ذلك ولا مرضا يقتضى اماطة أذى ولا يوصف ذلك بالاخذ من القرون فى عرف الاستعمال وانما يوصف باماطة الأذى والله أعلم

﴿ جامع الهدى ﴾

ص ﴿ مالك عن صدقة بن يسار المكى ان رجلا من أهل اليمن جاء الى عبدالله بن عمر وقد ضفر رأسه فقال يا أبا عبد الرحمن انى قدمت بعمرة مفردة فقال له عبدالله بن عمر لو كنت معك أو سألتنى لأمرتك أن تقرن فقال اليمانى قد كان ذلك فقال عبدالله بن عمر خذ ما تطاير من رأسك واهد فقالت امرأة من أهل العراق ما هديه يا أبا عبد الرحمن قال هديه قالت ما هديه فقال عبدالله بن عمر لو لم أجد الان أذبح شاة لكان أحب الى من أن أصوم ﴾ ش قوله ان السائل سأل ابن عمر وقد ضفر رأسه وهو نوع من التلبيد فقال انى قدمت بعمرة فكره عبدالله بن عمر ان يحلق واختار أن يكون الحلاق فى الحج فقال لو كنت معك لأمرتك أن تقرن لأنه كان يجمع بين العمرة والحج ويحلق لهما مرة واحدة فكان ذلك أحب اليه من ان يحلق رأسه فى العمرة ولا يجد شعرا يحلقه فى حجه وقد روى عن مالك فى المختصر فيمن قدم معتمرا يوم التروية لا يحلق ويقصر وليردف الحج قال الشيخ أبو بكر انما قال ذلك ليبقى له من الشعر ما يحلقه يوم النحر فلذلك رأى التقصير أفضل

(فصل) وقول اليمانى قد كان ذلك يريد انه قد فات أمر القران بفوات محل الارداف لتمام الطواف والسعى ولذلك لم يأمره عبدالله بن عمر بشئ غير التقصير ولم يذكر طوافا ولا سعيا فدل ذلك على انه قد فهم من اليمانى انه قد كان أكمل الطواف والسعى فلم يبق الا أن يشير عليه بافضل ما يراه فى هذه الحال التى قد فات فيها القران

(فصل) وقول عبدالله بن عمر احلق ما تطاير من رأسك يريد ما علا من الشعر عن التضفير وهذا لا يصح عند مالك فى التقصير ولا يجزئه الا الاخذ من جميع الشعر بل لا يجزئ من ضفر التقصير ولا

يجزئه الا الحلاق ولكنه لعله قد أمره بنقص ماضفر منه ثم حينئذ يأخذ مازاد من شعره على المشط أو على ما يبقيه التقصير وأما ان حمل على ظاهره فعنده يجوز التقصير بأخذ بعض الشعر وعند مالك غير مجزئ وسيأتي ذكره وبيان حكمه في موضعه ان شاء الله

(فصل) وقوله واهد يحتمل أن يريد هدي التمتع لانه اعتمر في أشهر الحج وهو يريد أن يحج من عامه فلزمه هدي المتعة ويحتمل أن يكون أمره من التقصير بأكثر ما يقدر عليه وان لم يكن يجزئ عنه ثم أمره مع ذلك بالهدي لما أخره من الحلاق أو التقصير المجزئ وقد قال مالك في العتبية فيمن أتم عمرته ثم أحرم بالحج ثم ذكر انه لم يقصر فعليه هدي لذلك مع هدي التمتع فقالت امرأة عراقية ما هديه يا أبا عبد الرحمن يحتمل قولها أحد أمرين أحدهما أن تسأله عن هدي من أتى بمثل ذلك في الجملة والثاني أن تسأله عن هدي ذلك الرجل خاصة في مثل يساره وحاله فتوقف عن الجواب لاختياره لذي اليسار البدنة أو البقرة ولعله قدر أي من حال ذلك الرجل أن يده لا تتسع لذلك فكره أن يفتي بالشاة فيتعلق بذلك من يقدر على البدنة أو البقرة فلما كررت عليه السؤال تعين عليه الجواب اما لانه رأى ان المرأة ممن يجب تعليمها مثل هذا الحكم أو لعلها قد لزمها مثل ذلك في خاصة نفسها أو لانه خاف فوات اليماني ومغيبه عنه من قبل أن يعلم ما حكمه فقال لو لم أجد الا أن أذبح شاة لكان أحب الي من أن أصوم فصرح بجواز ذبح الشاة في مثل ذلك لمن لم يجد غير ذلك وانه أحب اليه من الصوم وأحب هاهنا وان كان لفظه لفظ الاستحباب فظاهره الوجوب بالاتفاق على انه لا يجوز الانتقال الى الصوم الا عند عدم ما يجزئ من الهدي ويحتمل أن يريد بذلك التشدد في الفضيلة والمنع مما هو عنده أقل الهدي لذي اليسار والله أعلم وقد قال مالك في الموازية من لم يقدر على الحلاق ولا التقصير من وجع به فعليه بدنة فان لم يجد فبقرة فان لم يجد فشاة فان لم يجد صام ثلاثة أيام وسبعة وقال الشيخ أبو بكر انما قال ذلك لان البدنة أفضل الهدي وأنفع للمساكين فاستحب مالك أن يأتي بالبدنة اذا وجد فان لم يجد فبقرة فان لم يجد فشاة وذلك أدنى الهدي ومعنى ذلك على ما قاله الشيخ أبو بكر الاستحباب لا على معنى انه لا تجزئ الشاة عن البدنة وعلى هذا يمكن أن يحمل قول ابن عمر والله أعلم ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول المرأة المحرمة اذا حلت لم تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها وان كان لها هدي لم تأخذ من شعرها شيأ حتى تنحر هديها ﴾ ش قوله المرأة المحرمة اذا حلت لم تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها يحتمل قوله اذا حلت وجهين أحدهما اذا بلغت من نسكها موضع الاحلال للتقصير وهذا يكون في الحج والعمرة والثاني اذا حلت برمي الجمار فانه نوع من الاحلال وهذا احلال مختص بالحج فنهاها عن أن تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها ومعناه أن تقصر فتأخذ من قرون شعر رأسها وأما منعها من الامتشاط قبل أن تقصر فلا يخلو أن تكون معتمرة أو حاجة فان كانت معتمرة فقد قال ابن القاسم في الموازية ليس للمحرم المعتمر أن يغسل رأسه قبل أن يحلقه أو يقتل شيأ من الدواب أو يلبس قميصا بعد تمام السعي وأما في الحج فان ذلك مشروع قال مالك في الموازية ومن الشأن أن يغسل رأسه بالغاسول والخطمي حين يريد أن يحلق ولا بأس أن يتنور ويقص أظفاره ويأخذ من شاربه ولحيته قبل أن يحلق وانما كره ذلك للمعتمر لان التقصير أو الحلاق بهما يتحلل لا لقاء التفث وبه يبتدأ فيه

(فصل) وقوله حتى تأخذ من قرون رأسها يقتضي استيعاب ذلك بالتقصير دون الاقتصار على التقصير من بعضه دون بعض وهو الواجب عند مالك وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

* وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول المرأة المحرمة اذا حلت لم تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها وان كان لها هدي لم تأخذ من شعرها شيأ حتى تنحر هديها

(فصل) وقوله فان كان لها هدى لم تأخذ من شعرها حتى تنحر هديها يريد أن النحر مقدم على الحلاق والاصل فى ذلك قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله ص ﴿ مالك انه سمع بعض أهل العلم يقول لا يشترك الرجل وامرأته فى بدنة واحدة ليهد كل واحد منهما بدنة بدنة ﴾ ش قوله لا يشترك الرجل وامرأته فى بدنة على وجه الاخبار عن أن ذلك ممنوع غير مجزئ ولا مشروع وقد تقدم كلامنا فى ذلك وانما خص الرجل وامرأته بالمنع من ذلك لان الرجل يجوز له أن يشرك امرأته فى الاضحية وان لم يجز له أن يشرك أجنبية فلما نص على انه لا يجوز للرجل أن يشرك امرأته فى الهدى كان فيه تنبيه على ان امتناع ذلك فى الاجنبية أولى مع ما فى ذلك من التفريق بين الهدى والاضحية فى هذا الحكم وقد تقدم ذكره بما يغنى عن اعادته

(فصل) وقوله ليهد كل واحد منهما بدنة بدنة يريد أن حكمهما فى ذلك حكمه وان هدى كل واحد منهما بدنة كاملة سالمة من المشاركة فهاو فى ذلك تنبيه على ان هذا أقل ما يجب أن ينفرد به كل واحد منهما من جنس الهدى لانه لما منع الاشتراك ثم أباح لكل واحد واحدة كاملة اقتضى ذلك ان هذا أقل الهدى و بين أيضا ان الانفراد بالهدى حكم البدن وغيرها لئلا يظن ظان انه يجوز الاشتراك فى البدن وان لم يجز فى الغنم والله أعلم ص ﴿ قال يحيى سئل مالك عمن بعث معه هدى ينحره فى حج وهو مهل بعمرة هل ينحره اذا حل أم يؤخره حتى ينحره فى الحج و يحل هو من عمرته فقال بل يؤخره حتى ينحره فى الحج و يحل هو من عمرته ﴾ ش قوله عمن بعث معه هدى لينحره فى حج يقتضى ان لبعثه فى الحج تأثيرا يمنع من نحره فى غيره قال مالك و يبعث الرجل بهديه مع حاج أو معتمر فان بعث به مع غير معتمر لم أر به بأسا وأجزأ عنه ومعنى ذلك انه لا تعلق للهدى بنسك الحامل له وانما تعلقه بالوجه الذى أمر أن يذبحه عليه فمن بعث معه هدى لينحره فى الحج فانما بعث به معه لئلا ينحره قبل أيام منى فاذا أخذه على ذلك فعليه الوفاء بما عاهد عليه والتزم فعله وهل يختص ذلك بحج الذى أرسل معه أو بحج الناس * قال القاضى أبو الوليد لم أر فيه نصا وعندى انه انما يتعلق ذلك بحج الناس فعلى الحامل للهدى أن يقف به بعرفة و ينحره مع الناس يوم النحر بمنى حج هو أو لم يحج ولذلك قال مالك فى هذه المسئلة لا ينحره الا فى الحج ولم يعلق ذلك بحجه قال و يحل هو من عمرته يريد انه دخل بعمرة لكن الهدى الذى أرسل معه انما أرسل معه على أن ينحره فى الحج (مسئلة) ولو أن باعث الهدى لينحر له فى حج خرج معتمرا فأدركه أخر حتى ينحره فى الحج ورواه محمد عن مالك ووجه ذلك انه لما قلدوا وجب على النحر فى الحج لم يمنع من ذلك ولا غير هذا الحكم الذى أوجبه فيه ادراكه له كما لو قلده على أن ينحره فى الحج ودخل متمتعا لكان حكمه أن لا ينحر فى عمرته وكان عليه أن يؤخره حتى ينحره فى حجه ص ﴿ قال يحيى قال مالك والذى يحكم عليه بالهدى فى قتل الصيد أو يجب عليه هدى فى غير ذلك فان هديه لا يكون الا بمكة كما قال الله تبارك وتعالى هديا بالغ الكعبة فأما ما عدل به الهدى من الصيام أو الصدقة فان ذلك يكون بغير مكة حيث أحب صاحبه أن يفعله فعله ﴾ ش وهذا كما قال وذلك ان بدل الصيد ثلاثة أشياء هدى أو اطعام أو صيام فأما الهدى فانه لا ينحر الا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة وهل يجزئه أن ينحره بمنى أم لا ظاهر قوله ههنا يمنع من ذلك ويقتضى اختصاصه بمكة وكذلك يقتضيه استدلاله بقوله تبارك وتعالى هديا بالغ الكعبة غير أن حكم هذا الهدى حكم غيره من الهدايا ان ساقه وهو معتمر أو حلال نحره بمكة ولو ساقه فى حج فوقف به فى عرفة لم يجزه أن ينحره الا بمنى فى أيام منى قاله أشهب وابن القاسم عن مالك ووجه ذلك انه هدى

* وحدثنى عن مالك انه سمع بعض أهل العلم يقول لا يشترك الرجل وامرأته فى بدنة واحدة ليهد كل واحد بدنة بدنة * وسئل مالك عمن بعث معه بهدى ينحره فى حج وهو مهل بعمرة هل ينحره اذا حل أم يؤخره حتى ينحره فى الحج و يحل هو من عمرته فقال بل يؤخره حتى ينحره فى الحج و يحل هو من عمرته *قال مالك والذى يحكم عليه بالهدى فى قتل الصيد أو يجب عليه هدى فى غير ذلك فان هديه لا يكون الا بمكة كما قال الله تبارك وتعالى هديا بالغ الكعبة وأما ما عدل به الهدى من الصيام أو الصدقة فان ذلك يكون بغير مكة حيث أحب صاحبه أن يفعله فعله

وقف به في عرفة فوجب أن ينحر في أيام منى كهدى المتعة (مسئلة) فان نحره بمنى أو بمكة فأراد أن يطعم منه مساكين الحل بأن ينقل ذلك اليهم جاز ذلك فيما حكاه القاضي أبو الحسن عن مالك وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز أن يفرقه الا في الحرم والدليل على مانقوله ان هذا هدى جزاء الصيد فجاز ان يصرف الى فقراء الحل أصل ذلك اذا دفع اليهم في الحرم وأيضا فقد صار بالنحر طعاما فبطل اختصاصه بأهل الحرم

(فصل) وقوله وأما ما عدل به الهدى من الصيام أو الصدقة فان ذلك يكون بغير مكة حيث أحب صاحبه يقتضي هذا انه له أن يأتي بالصيام والاطعام حيث شاء من البلاد مكة أو غيرها فأما الصيام فلا تأثير للبلاد والمواضع والأزمان فيه ولذلك من أفطر رمضان بمكة وفي الصيف جاز له أن يقضيه في الشتاء وفي كل بلد ولا خلاف في ذلك نعرفه (مسئلة) وأما الاطعام فقد قال مالك في الموطأ وغيره ان ذلك يكون بغير مكة حيث شاء صاحبه ولم يذكر صفة الاخراج بغير مكة وقد اتفق أصحابنا على جواز الاخراج بغير مكة وان اختلفوا في كيفية الاخراج وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز أن يفرق الطعام الا في الحرم والدليل على مانقوله ان هذا الطعام بدل عن نسك فجاز اخراجه بغير مكة كفدية الأذى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب لا يطعم الطعام الا بموضع أصاب الصيد فيه وما قارب به حيث يجد المساكين ومعنى ذلك أن يقوم بسعر ذلك المكان ويستحب اخراجه فيه لما قدمناه وقد قال ابن حبيب ان كان ببلد بسعر بلد الاخراج أو أرخص اشترى بثمن الطعام حيث يصاب الصيد فأخرج ذلك الطعام وان كان ببلد الاخراج أغلى أخرج تلك المكيلة ونحوه روى ابن المواز وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب في العتبية انه يخرج قيمة الطعام الذي حكم به عليه حيث أصاب الصيد فليشتر به طعاما كان السعر ببلد الشراء أرخص أو أغلى ونحوه روى عن أصبغ

ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن يعقوب بن خالد المخزومي عن أبي أسماء مولى عبد الله بن جعفر انه أخبره انه كان مع عبد الله بن عمر فخرج معه الى المدينة فمروا على حسين بن علي بن أبي طالب وهو مريض بالسقيا فأقام عليه عبد الله بن جعفر حتى اذا خاف الفوت خرج وبعث الى علي بن أبي طالب وأسماء بنت عميس وهما بالمدينة فقدما عليه ثم ان حسينا أشار الى رأسه فأمر علي رضي الله عنه برأسه فحلق ثم نسك عنه بالسقيا فنحر عنه بعيرا قال يحيى بن سعيد وكان حسين خرج مع عثمان بن عفان في سفره ذلك الى مكة * ش قوله انهم مروا على حسين بن علي وهو مريض بالسقيا وهو موضع بين مكة والمدينة وهو من المدينة ومقام عبد الله بن جعفر عليه يقتضي انه كان يرجو أن يقوى على التوجه معه ولذلك لما أيس أن يدرك معه الحج وخاف الفوات أرسل الى علي بن أبي طالب وأسماء بنت عميس يعلمهما بحاله ولم يرسل اليهما قبل ذلك لما رجا من صحته وقوته على اكمال نسكه ويحتمل أن يكون حسين رضي الله عنه توقف على أن يحل لما اعتقد انه لا يحله الا البيت أو لانه رجا القوة على الوصول قبل فوات الحج وقد اختلف العلماء في ذلك فذهب مالك والشافعي الى أن المحصر بمرض لا يحله الا البيت وقال أبو حنيفة هو كالمحصر بعدو يتحلل حيث أحصر والدليل على ما نقوله قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وهذا عام الا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس ان هذا تحلل لا يستفاد به التخلص من أذى فوجب أن لا يجوز أصله اذا ضل في طريقه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فسواء شرط في احرامه أن يحله حيث حبسه المرض أو لم يشترط ذلك لا يحله الا البيت وقال الشافعي ان شرط ذلك حل بالمرض والدليل على مانقوله ان كل معنى لا يخرج به من العبادة بغير

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن يعقوب ابن خالد المخزومي عن أبي أسماء مولى عبد الله بن جعفر انه أخبره انه كان مع عبد الله بن جعفر فخرج معه من المدينة فمروا على حسين بن علي وهو مريض بالسقيا فأقام عليه عبد الله ابن جعفر حتى اذا خاف الفوات خرج وبعث الى علي بن أبي طالب وأسماء بنت عميس وهما بالمدينة فقدما عليه ثم ان حسينا أشار الى رأسه فأمر علي برأسه فحلق ثم نسك عنه بالسقيا فنحر عنه بعيرا قال يحيى بن سعيد وكان حسين خرج مع عثمان بن عفان في سفره ذلك الى مكة

شرط فانه لايخرج به بالشرط أصل ذلك الكسل (مسئلة) ومن أحصر بمرض ففاته الحج فليحل بعمل العمرة وعليه الهدى ولايجوز ذبحه الا بمكة أومنى قاله القاضي أبو الحسن وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ينحره حيث أحصر في حل كان أوحرم والدليل على مانقوله قوله تعالى والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير الى قوله ثم محلها الى البيت العتيق وقوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى ولاتحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وهذا يقتضي بلوغه الى مكة لانه قال في الآية الاولى ثم محلها الى البيت العتيق

(فصل) وقوله ثم ان حسينا أشار الى رأسه يريد انه تأذى بشعره أو بهوام في رأسه فأمر علي رضي الله عنه برأسه فحلق وذلك يقتضي ان لكل من به أذى من رأسه أن يحلق ويفتدي والاصل في ذلك قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وقد ورد حديث كعب بن عجرة بتفسير ذلك وسيأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله ثم نسك عنه بالسقيا وهو موضع غلب عليه به وأقام فيه وفدية الأذى جائز أن ينحرها بكل موضع لانها ليست بهدى فيكون لها تعلق بالبيت وانما هو نسك لايقلد ولايشعر ولايحتاج أن يجمع له بين الحل والحرم فله نحره حيث شاء والدليل على ذلك ان هذا دم ورد الشرع فيه بلفظ النسك فلم يختص بالحرم كالعقيقة والأضحية ولايجوز أن يدعى ان البعير الذى نحره علي بن أبي طالب رضي الله عنه للتحلل بذلك الموضع لوجوه أحدها ان أباحنيفة الذى يبيح التحلل في موضع المرض لايرى أن ينحر الهدى الا بمكة والشافعي الذى يجيز التحلل بالشرط ويرى ان من نحر الهدى حيث يحل لا يمكنه أن يعلم أنه اشترط التحلل ولا علمنا أحدا عمل به وقد روى عن الزهري انه قال لم يقل أحد بالشرط على أنه لو سلم له هذا فان علي بن أبي طالب رضي الله عنه اشترى مانحر عنه حيث نحره روى ذلك حماد بن زيد ولم يقلده ولا أشعره وهذا يدل على انه لم يكن هديا ساقه وانما كان دم فدية الاذى ولكنه اختار اخراج الأفضل وهو جائز عندنا وانما يجزئ من ذلك الشاة ومن أخرج بدنة أو بقرة أجزأته بل ذلك أفضل

(فصل) وقول يحيى بن سعيد وكان حسين قد خرج مع عثمان بن عفان في سفره ذلك يريد خرج معه في توجهه للحج وقد روى سفيان بن عيينة عن يحيى بن سعيد أنه قال مرض حسين بالعرج فتحامل فلما بلغ السقيا اشتد به المرض فمضى عثمان وبقي هو بالسقيا

﴿ الوقوف بعرفة والمزدلفة ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم (١) عرفة كلها موقف يريد أن لايختص بعضها بهذا الحكم دون بعض وان من وقف في أي موضع شاء منها فقد أجزأه ذلك من الوقوف بعرفة لئلا يتضايق الناس بموضع وقوف النبي صلى الله عليه وسلم وقد قال عمر بن الخطاب يا أيها الذين آمنوا لاتقتلوا أنفسكم ولاتهلكوا أنفسكم على هذا المكان فان عرفة كلها موقف فهذا في الجواز وان كنا نستحب الوقوف في ذلك الموضع ومايقرب منه تبركا بالنبي صلى الله عليه وسلم وقد قال ابن حبيب وحيث يقف الامام أفضل وقد قال ابن المواز عن مالك ليس في موضع من ذلك فضل اذا وقف مع الناس ومن تأخر عن الناس فوقف دونهم أجزأه قال ابن المواز اذا ارتفع عن بطن عرنة

﴿ الوقوف بعرفة والمزدلفة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر

(١) قال الشيخ أبو اسحق عرفة كل سهل وجبل أقبل على الموقف فيما بين التلعة التي تلي طريق نعمان والتي تفضي الى حصن وما أقبل من كبكب الى عرفة اهـ

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ارتفعوا عن بطن عرنة يحتمل معنيين أحدهما أن تكون عرنة من جملة ما يقع عليه اسم عرفة فيكون ذلك استثناء مما عممه بقوله عرفة كلها موقف فكأنه قال صلى الله عليه وسلم عرفة كلها موقف الابطن عرنة على حسب ما قال ابن الزبير بعد هذا ويؤيد هذا التأويل أنه لم يحد عرفة من غير جهة عرنة واقتصر على أن يكون الموقف يختص بالموضع الذي يتناوله هذا الاسم فدل ذلك على انه احتاج الى استثنائها كما لم يستثن ما ليس من عرفة من سائر الجهات وان كنا نعلم انه لا يجوز الوقوف به ويحتمل أن تكون عرنة ليست من عرفة ولا يتناولها اسمها فيكون معنى قوله صلى الله عليه وسلم وارتفعوا عن بطن عرنة على معنى قصر هذا الحكم على عرفة وما قرب منها ولذلك قال ارتفعوا عن بطن عرنة مع قربه من عرفة وقد قال مالك في الموازية بطن عرنة هو واد في عرفة يقال ان حائط مسجد عرفة القبلي على حده لو سقط ما سقط الا فيه وقد روى ابن حبيب أن عرفة في الحل وعرنة في الحرم وبطن عرنة الذي أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالارتفاع عنه هو بطن الوادي الذي فيه مسجد عرفة قال في الموازية من وقف بالمسجد فقد خرج عن بطن عرنة ولكن الفضل بقرب الامام وقال ابن القاسم ليس الوقوف له بحسن وقد روى ابو القاسم بن الجلاب انه لا يجزئ الوقوف ببطن عرنة قيل فان فعل حتى دفع قال لا أدري وقد قاله ابن عبد الحكم قال أصبغ لا حج له ورآه من بطن عرنة قال مالك لا أحب أن يقف على جبال عرفة ولكن مع الناس

(فصل) وقوله والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر على مثل ذلك يحتمل من التأويل ما تقدم في قوله صلى الله عليه وسلم عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة وقال ابن المواز كان الناس يستحبون الوقوف على الجبل الذي يقف عليه الامام وقال ابن حبيب ويقف الامام حيث المنارة التي على قزح والمشعر ما بين جبلي المزدلفة ويقال لها أيضا جمع قال ابن حبيب ما بين الجبلين موقف قال ابن أبي نجيح ما صب من محسر في المزدلفة فهو منها وما صب منه في منى فهو منها (مسئلة) وقد قال أشهب يستحب الوقوف بالمزدلفة مع الامام وروى ابن المواز عن ابن القاسم انما يقف بالمشعر بعد دفع الامام من بات بها أو وقف معه وأما من أتى بعد الفجر فليقف ما لم يسفر جدا وان دفع الامام ص * مالك عن هشام بن عروة عن عبد الله بن الزبير أنه كان يقول اعلموا أن عرفة كلها موقف الابطن عرنة والمزدلفة كلها موقف الابطن محسر * ش قوله اعلموا أن عرفة كلها موقف الابطن عرنة على سبيل الاجتهاد في تعليم هذا الحكم والمبالغة في تبيينه وقوله الابطن عرنة أظهر في أحد التأويلين وهو أن تكون عرنة من عرفة ومحسر من المزدلفة ولذلك استثناها من جملة ما أباح به الوقوف له من عرفة والمزدلفة وقد يجوز عندنا أن يكون استثناء من غير الجنس فتكون عرنة من غير عرفة ومحسر ليس من المزدلفة الا ان الاول أظهر فاذا قلنا بجواز ذلك وحملناه على انه استثناء من غير الجنس فمعناه الا أن بطن عرنة على قربه من عرفة لا يجوز الوقوف به تحديدا لمكان الوقوف وتحذيرا من أن يجري أحد ما قرب من عرفة مجرى عرفة ص * قال مالك قال الله تبارك وتعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج قال فالرفث اصابة النساء والله أعلم قال الله تبارك وتعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم قال والفسوق الذبح للانصاب والله أعلم قال الله تبارك وتعالى أو فسقا أهل لغير الله به قال والجدال في الحج ان قريشا كانت تقف عند المشعر الحرام بالمزدلفة بقزح وكانت العرب وغيرهم يقفون بعرفة فكانوا يتجادلون يقول هؤلاء نحن أصوب ويقول هؤلاء نحن أصوب فقال الله تبارك وتعالى لكل أمة جعلنا منسكا هم ناسكوه فلا ينازعنك في الامر وادع الى ربك انك لعلى هدى مستقيم فهذا الجدال في الحج فيما نرى والله أعلم وقد

* حدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن عبد الله بن الزبير أنه كان يقول اعلموا أن عرفة كلها موقف الابطن عرنة وان المزدلفة كلها موقف الابطن محسر * قال مالك قال الله تبارك وتعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج قال فالرفث اصابة النساء والله أعلم قال الله تبارك وتعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم قال والفسوق الذبح للانصاب والله أعلم قال الله تبارك وتعالى أو فسقا أهل لغير الله به قال والجدال في الحج أن قريشا كانت تقف عند المشعر الحرام بالمزدلفة بقزح وكانت العرب وغيرهم يقفون بعرفة فكانوا يتجادلون يقول هؤلاء نحن أصوب ويقول هؤلاء نحن أصوب فقال الله تعالى ولكل أمة جعلنا منسكا هم ناسكوه فلا ينازعنك في الامر وادع الى ربك انك لعلى هدى مستقيم فهذا الجدال في الحج فيما نرى والله أعلم وقد

سمعت ذلك من أهل العلم ﴾ ش الذى ذكره مالك فى تأويل الآية هو قول جماعة من أهل العلم فأما الرفث فقال مالك انه اصابة النساء يريد بذلك الجماع وقد روى ذلك عن ابن عمر وابن عباس واحتج مالك على ذلك بآية الصوم ولا خلاف أن الرفث فى آية الصوم اصابة النساء وأما فى آية الحج فقد قيل انه الجماع وقال عطاء هو الجماع ومادونه من قول الفحش وروى طاوس عن ابن عباس أن الرفث فى آية الحج الاغراء به وهو التعريض للنساء بالجماع

(فصل) وأما الفسوق فقد قال مالك انه الذبح للانصاب واستدل على ذلك بقوله تعالى أو فسقا أهل لغير الله به وقد روى مجاهد عن ابن عمر رحمه الله أنه قال الفسوق السباب وقال ابن عباس الفسوق المعاصى وقد قال ربيعة الفسوق قول الزور وانما قصد مالك رحمه الله الى الاستدلال بالقرآن لأنه قد ورد لفظ الفسوق فيه والمراد به الذبح للانصاب والحج مما شرع فيه الذبح واراقة الدماء فخص بالنهى عن ذلك وان كان قد نهى عن المعاصى جملة ﴿قال القاضى أبو الوليد رحمه الله ولا يمتنع عندى أن يكون الفسوق فى الآية كل ما يفسق به من المعاصى والذبح للانصاب من جملة ذلك

(فصل) وأما الجدال فذهب مالك الى أنه الجدال فى الموقف يوم عرفة وبه قال ربيعة وقال ابن عمر وابن عباس الجدال المراء زاد ابن عباس أن تمارى صاحبك حتى تغضبه وقال القاسم بن محمد هو قول بعضهم الحج اليوم وقول بعضهم الحج غدا وانما ذهب مالك الى تخصيص الاختلاف بهذا المعنى دون غيره من وجوه الجدال لأنه حمل قوله تعالى ولا جدال فى الحج على المنع من الجدال فى أمر الحج خاصة ولا يمتنع حمل الآية على عمومها إلا أن يدل الدليل على التخصيص فيكون الرفث الجماع وكل قبيح من الكلام والفسوق كل معصية والجدال كل مراء ممنوع منه فهذا كله وان كان ممنوعا فى غير الحج الا أنه يتأكد أمره فى الحج

﴿ وقوف الرجل وهو غير طاهر ووقوفه على دابته ﴾

ص ﴿ قال يحيى سئل مالك هل يقف أحد بعرفة أو بمزدلفة أو يرمى الجمار ويسعى بين الصفا والمروة وهو غير طاهر فقال كل أمر تصنعه الحائض من أمر الحج فالرجل يصنعه وهو غير طاهر ثم لا يكون عليه فى ذلك شئ ولكن الفضل أن يكون الرجل فى ذلك كله طاهرا ولا ينبغى له أن يتعمد ذلك ﴾ ش قوله كل شئ تفعله الحائض من أمر الحج فالرجل يفعله وهو غير طاهر كلام بين لأن الحائض محدثة حدثا أكبر فاذا جاز لها أن تفعل سائر المناسك دل ذلك على أن المحدث والجنب يفعله بدليل أن ما تشترط الطهارة فى صحته لا تفعله الحائض من الطواف وأما ما لا يشترط الطهارة فى صحته من الوقوف بعرفة أو بالمزدلفة أو رمى الجمار أو السعى بين الصفا والمروة ففعل الحائض له واجزاؤه عنها مع حدثها دليل على أن المحدث والجنب يصح منهما فعله غير أنه قال فالرجل يفعله وهو غير طاهر وهذا اللفظ يقع على المحدث ويقع على الجنب ويحتمل أن يريدهما أو يريد أحدهما

(فصل) وقوله ثم لا شئ عليه يحتمل أن يريد بذلك لا قضاء عليه ويحتمل أن يريد لا قضاء ولا جبران وقد روى ابن حبيب عن مالك من حفزه غائط أو بول فى السعى فليقض حاجته ويتوضأ ثم يتم سعيه وقال مالك فى العتبية من أحدث فى سعيه فتمادى فلا اعادة عليه وأحسن من ذلك لو توضأ وتمم سعيه وروى أشهب عن مالك ان حاضت امرأة بعد ان ركع سعت وأجزأها وبالجملة ان جميع أفعال الحج يفعلها غير الطاهر ما خلا الطواف والاصل فى ذلك حديث عائشة رضى الله عنها أنها قالت قدمت مكة وأنا حائض ولم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك الى الرسول صلى

سمعت ذلك من أهل العلم

﴿ وقوف الرجل وهو غير طاهر ووقوفه على دابته ﴾

سئل مالك هل يقف الرجل بعرفة أو بالمزدلفة أو يرمى الجمار أو يسعى بين الصفا والمروة وهو غير طاهر فقال كل أمر تصنعه الحائض من أمر الحج فالرجل يصنعه وهو غير طاهر ثم لا يكون عليه شئ فى ذلك ولكن الفضل أن يكون الرجل فى ذلك كله طاهرا ولا ينبغى له أن يتعمد ذلك

الله عليه وسلم فقال افعلي كما يفعل الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت حتى تطهري

(فصل) وقوله والفضل أن يكون الرجل طاهراً في ذلك كله يريد انه أفضل لأنه مما شرعت فيه الطهارة استحباباً وقد روى ابن وهب عن مالك واستحب بعض العلماء التطهير للسعي ولرمي الجمار ولوقوف عرفة ومزدلفة ومن لم يفعل فلا شيء عليه وهذا الغسل انما هو غسل للتنظيف كغسل الجمعة وغسل دخول مكة ولكنه يقوى أن الطهارة مشروعة لهذه المناسك مع نظافة الاعضاء فلهذا قال ولا ينبغي لأحد أن يتعمد ذلك أي ولا ينبغي له أن يتعمد الوقوف على غير طهارة وقاله ابن الماجشون

ص ﴿ قال يحيى وسئل مالك عن الوقوف بعرفة للراكب أينزل أم يقف راكباً فقال بل يقف راكباً الا أن يكون به أو بدابته علة فالله أعذر بالعذر ﴾ ش قوله بل يقف راكباً على وجه الاستحباب للوقوف على الراحلة والاصل في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه وقف على بعيره وقد تقدم من حديث أم الفضل بنت الحارث ويحتمل ذلك معنيين أحدهما طلب القوة والاستظهار على الدعاء والثاني أن الانفاق مشروع في الحج وله تعلق بالمال وقطع السفر كالجهاد

(فصل) وقوله الا أن يكون به أو بدابته علة فالله أعذر بالعذر يريد والله أعلم ان الركوب أفضل لصاحب الراحلة وان لم يكن شرطاً في صحة الوقوف وانما هو على معنى الاستحباب فان عاقه عذر منعه كان العذر به أو بدابته فهو معذور في تركه المستحب واقتصاره على الادون (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن وقف غير راكب فليكن وقوفه للدعاء قائماً فاذا عيي فليجلس قاله مالك وقال الشيخ أبو اسحاق الماشي يقف قائماً أو جالساً كل بقدر طاقته ووجه ذلك انه أبلغ في التضرع والرغبة والخضوع وأما الراكب فتلك الحال أبلغ حالاته (مسئلة) قال ابن حبيب فاذا ذهبت دعوت فاستقبل القبلة بالخشوع والتواضع والتذلل وكثرة الذكر بالتهليل والتكبير والتمجيد والتحميد والتسبيح والتعظيم والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء لنفسك ولوالديك والاستغفار وقال الشيخ أبو اسحاق يكثر من قول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير وأراه ذهب الى ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة وأفضل ما قلته أنا والنبيون من قبلي لا اله الا الله وحده لا شريك له

﴿ وقوف من فاته الحج بعرفة ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول من لم يقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد فاته الحج ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة من قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال من أدركه الفجر من ليلة المزدلفة ولم يقف بعرفة فقد فاته الحج ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج ﴾ ش قوله من لم يقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد فاته الحج يقتضي معنيين أحدهما أن يريد أن هذا آخر ما يدرك به الوقوف وان كان يجوز الوقوف قبله ويجتزأ به والثاني أن يقصد تبيين زمان الوقوف فيكون معناه ان لم يقف ليلة المزدلفة بعرفة فلا وقوف له وقد فاته الحج وان كان قد وقف قبل ذلك لان ما قبل ذلك ليس بزمان لفرض الوقوف وان كان زماناً لنافلته وهذا الوجه هو الأظهر في اللفظ لتعليقه الحكم على الليلة وقد ذهب مالك الى أن الوقوف لا يجزئ بالنهار ولا بد من الوقوف بالليل والافضل عنده أن يقف نهاراً وليلاً وقال أبو حنيفة والشافعي الاعتماد على الوقوف بالنهار من يوم عرفة من وقت زوال الشمس الى الغروب والوقوف بالليل تبع فمن وقف جزأ من

*وسئل مالك عن الوقوف بعرفة للراكب أينزل أم يقف راكباً فقال بل يقف راكباً الا أن يكون به أو بدابته علة فالله أعذر بالعذر.

﴿ وقوف من فاته الحج بعرفة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول من لم يقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد فاته الحج ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة من قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج *وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال من أدركه الفجر من ليلة المزدلفة ولم يقف بعرفة فقد فاته الحج ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج.

النهار أجزأه ومن وقف جزأ من الليل أجزأه و يقولون مع ذلك ان من وقف جزأ من النهار دون الليل فعليه دم ومن وقف جزأ من الليل دون النهار فلا دم عليه والدليل على مانقوله حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم استقبل القبلة فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلا حين غاب القرص وأفعاله صلى الله عليه وسلم على الوجوب لاسيما في الحج وقد قال صلى الله عليه وسلم خذوا عني مناسككم ودليلنا من جهة القياس ان هذا من يصح صومه فلم يكن محلا لفرض الوقوف أصل ذلك أول النهار (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالمستحب من الوقوف أن يصلي بأثر الزوال الظهر والعصر ثم يتصل بذلك الرواح الى الموقف فيتصل وقوفه به الى غروب الشمس فاذا غربت الشمس دفع وقد جمع بين النفل والفرض فان دفع قبل الغروب الا انه لم يخرج من عرفة الابعد الغروب ففي كتاب ابن المواز عن مالك عليه الهدى وان خرج من عرفة قبل الغروب ثم رجع الى عرفة قبل طلوع الفجر فقد أدرك الحج وان لم يرجع فقد فاته الحج وعليه حج قابل والهدى ومن وقف بعرفة ليلا وترك الوقوف نهارا مختارا فقد روى الشيخ أبو القاسم عليه الدم وهذا يقتضي وجوبه وان لم يكن ركنا من أركان الحج بانفراده ص ﴿ قال مالك في العبد يعتق في الموقف بعرفة فان ذلك لا يجزئ عنه من حجة الاسلام الا أن يكون لم يحرم فيحرم بعد أن يعتق ثم يقف بعرفة من تلك الليلة قبل أن يطلع الفجر فان فعل ذلك أجزأه وان لم يحرم حتى يطلع الفجر كان بمنزلة من فاته الحج اذا لم يدرك الوقوف بعرفة قبل طلوع الفجر من ليلة المزدلفة وتكون على العبد حجة الاسلام يقضيها ﴾ ش وهذا كما قال ان العبد اذا أحرم بالحج في حال رقه فان حجه قد وقع نفلا لانه لم يكن يصح منه حج الفرض في حال رقه فانما تم حجه على ما انعقد عليه من النفل فان أعتق بعد ان أحرم به عشية عرفة أو قبلها أو بعدها فان حجه لا يجزئ عن فرضه لان حجه انعقد نفلا فلا ينقلب الى الفرض في قول مالك لان كل عبادة انعقدت نفلا فانها لا تنقلب فرضا كالصوم والصلاة

(فصل) وقوله الا أن يكون لم يحرم فيحرم بعد أن يعتق ثم يقف بعرفة من تلك الليلة قبل أن يطلع الفجر فان ذلك يجزئه يريد انه ان لم يكن أحرم بالحج وبقي حلالا حتى أعتق فأدرك أن يحرم بالحج ويقف بعرفة قبل طلوع الفجر من ليلة النحر فان حجه يجزئه عن فرضه لان احرامه انعقد بنية الفرض وهو ممن يصح منه الفرض ويلزمه بخلاف من كان قبل أن يعتق فان احرامه انعقد نفلا فلا يجزئه عن أداء الفرض اذ الزمه (مسئلة) فان أحرم المعتق بعرفة فمتى يقطع التلبية قال مالك يلبي حين احرامه ثم يقطع التلبية وقال ابن الماجشون يلبي حتى يرمي جمرة العقبة

(فصل) وقوله وان لم يحرم حتى يطلع الفجر كان بمنزلة من فاته الوقوف بعرفة قبل طلوع الفجر من ليلة المزدلفة يريد انه ان لم يحرم بعد عتقه حتى يطلع الفجر من ليلة النحر فقد فاته الحج ولا يخلو أن لا يحرم بعد ذلك أو يحرم فان لم يحرم فلا شئ عليه الا حجة الاسلام في المستقبل ويحتمل أن يريد هذا بقوله كان بمنزلة من فاته الوقوف بعرفة على تأويل انه لما رأى انه قد فاته الوقوف بعرفة لم يحرم بالحج وهو الصواب إلا أن يحرم به اذا طلع له الفجر من يوم النحر وكان في وقت يعلم انه ان أحرم طلع عليه الفجر قبل الوصول الى عرفة لانه دخل في حج متيقن انه لا يمكنه

(فصل) وقوله وتكون على العبد حجة الاسلام يقضيها يريد انه اذا فاته الوقوف بعرفة اما لانه لم يحرم أو لانه أحرم قبل العتق أو أحرم بعد العتق فلم يمكنه الوقوف بعرفة فان حجة الاسلام باقية عليه لا يقضيها عنه ولا يسقط وجوبها بشئ مما تقدم والله أعلم وأحكم

قال مالك في العبد يعتق في الموقف بعرفة فان ذلك لا يجزئ عنه من حجة الاسلام الا أن يكون لم يحرم فيحرم بعد أن يعتق ثم يقف من تلك الليلة قبل أن يطلع الفجر فان فعل ذلك أجزأ عنه وان لم يحرم حتى طلع الفجر كان بمنزلة من فاته الحج اذا لم يدرك الوقوف بعرفة قبل طلوع الفجر من ليلة المزدلفة ويكون على العبد حجة الاسلام يقضيها

﴿ تقديم النساء والصبيان ﴾

﴿ تقديم النساء والصبيان ﴾ * حدثني يحيي عن مالك عن نافع عن سالم وعبد الله بن عبد الله بن عمر ان أباهما عبد الله بن عمر كان يقدم أهله وصبيانه من المزدلفة الى منى حتى يصلوا الصبح بمنى ويرموا قبل أن يأتي الناس * وحدثني عن مالك عن يحيي بن سعيد عن عطاء ابن أبي رباح أن مولاة لاسماء بنت أبي بكر أخبرته قالت جئت مع اسماء ابنة أبي بكر منى بغلس قالت فقلت لها لقد جئت منى بغلس فقالت قد كنا نصنع ذلك مع من هو خير منك * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن طلحة بن عبيد الله كان يقدم نساءه وصبيانه من المزدلفة الى منى * وحدثني عن مالك أنه سمع بعض أهل العلم يكره رمي الجمرة حتى يطلع الفجر من يوم النحر ومن رمى فقد حل له النحر *

ص ﴿ مالك عن نافع عن سالم وعبد الله ابني عبد الله بن عمر ان أباهما عبد الله بن عمر كان يقدم أهله وصبيانه من المزدلفة الى منى حتى يصلوا الصبح بمنى ويرموا قبل أن يأتي الناس ﴾ ش قوله كان يقدم أهله وصبيانه من المزدلفة الى منى السنة المبيت بالمزدلفة والوقوف بها بعد صلاة الفجر على ما يأتي ذكره وتفسيره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) والفرض من المبيت بمنى النزول فيها والمقام مقدار ما يرى انه مقام فمن منعه من النزول بها مانع فقد قال ابن المواز عليه الدم وهو بدنة وقاله مالك وان نزل بها ثم ارتحل عنها قبل الفجر أو لا عامدا أو جاهلا فقد قال ابن المواز يجزئه ولا شئ عليه (مسئلة) وهذا لمن جاءها ليلا فأما من جاءها بعد الفجر فقد قال أشهب في الموازية عليه الدم وان كان من ضعفة الرجال والنساء والصبيان وقال ابن القاسم من جاءها بعد طلوع الفجر قبل طلوع الشمس فنزل بها فقد أدرك ولا شئ عليه فجعل ما بعد الفجر وقتا للنزول بالمزدلفة وان كان النزول عرى عن المبيت بها *قال القاضي أبو الوليد ووجه ذلك عندي ان الوقوف بالمزدلفة لما لم يكن ركنا من أركان الحج ولم يجب بتركه الا الدم لم يقو قوة الوقوف بعرفة فيجب بترك توابعه الدم ومن أتى بعد الفجر فنزل أجزأه عن المبيت وان كان قد أساء وترك الافضل

(فصل) وقوله كان يقدم أهله حتى يصلي الصبح بمنى يقتضي ان التقدم كان قبل الصبح وان ذلك كان بمقدار ما يأتون منى لصلاة الصبح أو قبل ذلك فتجب صلاة الصبح وهم بها وانما خص بذلك نساءه وصبيانه للضعف عن زحمة الناس فأراد بذلك الرفق بهم على حسب ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك لما كان التعريس الذي هو فرض المبيت بالمزدلفة قد وجد منهم ولم يبق الا فضيلة الوقوف مع الامام فرخص لهم في ذلك لضعفهم وقد بين ذلك بقوله ويرموا قبل أن يأتي الناس ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد عن عطاء بن أبي رباح ان مولاة لاسماء بنت أبي بكر أخبرته قالت جئت مع أسماء بنت أبي بكر منى بغلس قالت فقلت لها لقد جئت منى بغلس فقالت قد كنا نصنع ذلك مع من هو خير منك ﴾ ش قولها جئت مع أسماء بنت أبي بكر منى بغلس يحتمل ان تريد به قبل طلوع الفجر ويحتمل ان تريد به بعد طلوع الفجر وهو الاظهر ولذلك روى عن عائشة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الصبح بغلس وانكار الامة عليها اتيانها منى بغلس لما علمت ان السنة الوقوف بالمزدلفة الى الاسفار فانكرت عليها مخالفتها جماعة الحاج في ذلك فاعلمتها أسماء ما عندها في ذلك وهو أن النساء والضعفة قد أرخص لهم في التقدم رفقا بهن فقالت كنا نصنع هذا مع من هو خير منك يحتمل ان تريد بذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقد روى عنها هذا الحديث مسندا ويحتمل ان تريد به من بعد النبي صلى الله عليه وسلم من الخلفاء أبا بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم ولعلها أرادت بذلك الزبير رضي الله عنه ص ﴿ مالك انه بلغه ان طلحة بن عبيد الله كان يقدم نساءه وصبيانه من المزدلفة الى منى ﴾ ش قوله كان يقدم نساءه وصبيانه من المزدلفة لم يبين وقت التقديم فيحتمل أن يكون قدمهم قبل الفجر فيصلوا بمنى على ما تقدم في حديث أسماء ويحتمل أن يكون قدمهم بعد الفجر وقبل الوقوف الا ان الرفق بهم أبلغ في تقديمهم قبل الفجر لانه أخلى لهم وأمكن من ان يصلوا منى ويرموا وينزلوا قبل تضايق الناس والله أعلم ص ﴿ مالك انه سمع بعض اهل العلم يكره رمي جمرة العقبة حتى يطلع الفجر من يوم النحر ومن رمى فقد حل له النحر ﴾ ش قوله سمع

بعض أهل العلم يكره رمي جمرة العقبة حتى يطلع الفجر من يوم النحر هذه كراهة على وجه المنع ونفي الاجزاء وذلك ان وقت الرمي النهار دون الليل ولذلك وصفت الايام بالرمي دون الليالي قال الله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات فوصفت الايام بانها معدودات للجمار المعدودات فيها فلا يجوز الرمي بالليل فن رمى ليلا أعاد و به قال أبو حنيفة وقال الشافعي ان من رمى بعد نصف الليل أجزأه والدليل على مانقوله ماروى عن جابر انه رأى النبي صلى الله عليه وسلم من يوم النحر على راحلته وهو يرميها مثل حصى الخذف و يقول خذوا عني مناسككم فاني لا أدري لعلي لا ألقاكم بعد عامي هذا ودليلنا من جهة القياس ان النصف الآخر من الليل وقت للوقوف بعرفة فلم يكن وقتا للرمي كالنصف الاول (مسئلة) اذا ثبت انه لا يجوز قبل الفجر فانه يجوز بعده و به قال أبو حنيفة والشافعي وقال الشافعي والثوري لا يجوز قبل طلوع الشمس والدليل على مانقوله ان هذا وقت يجوز فيه الذبح فجاز فيه الرمي كما بعد طلوع الشمس

(فصل) قوله ومن رمى فقد حل له النحر يقتضي تقديم الرمي على النحر وان النحر انما يحل له بعد الفجر وقوله فقد حل له النحر يقتضي معنيين أحدهما ان يريد به الحلول فيكون معنى ذلك قد حل وقت ذبحه و يحتمل ان يريد بذلك انه قد أبيح له اباحة عارية من الكراهية سالمة من التقديم على ماهو مرتب عليه وذلك ان الرمي مقدم على الذبح وهو المحفوظ من فعل النبي صلى الله عليه وسلم والاصل في ذلك ماروى عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى جمرة العقبة ثم انصرف الى البدن فنحرها ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة ان فاطمة بنت المنذر أخبرته انها كانت ترى أسماء بنت أبي بكر بالمزدلفة تأمر الذي يصلي لها ولأصحابها الصبح يصلي لهم الصبح حين يطلع الفجر ثم تركب فتسير الى منى وتقف ﴾ ش قولها انها كانت ترى أسماء بنت أبي بكر تأمر الذي يصلي لها ولاصحابها الصبح يريد أنها كانت اتخذت اماما يصلي بها اذ لا يجوز لها ان تؤم من أحد رجالا ولا نساء وكان يشق عليها النهوض الى الموقف اما لضعفها أو لما كان أصابها من العمى فاتخذت ممن كان يكون معها من يصلي بهم فتدرك بذلك فضل الجماعة

(فصل) وقولها انها كانت تأمر الذي يصلي لهم الصبح حين يطلع الفجر تريد انها كانت تقدم صلاة الصبح أول طلوع الفجر وهذه السنة لمن وقف بالمزدلفة ليتمكنوا من الوقوف والدعاء ولا يضيق وقت الوقوف عما يريدونه من طول الدعاء والتضرع الا انها كانت تقدم الصلاة لمعنى آخر وهو ان يمكنها التقدم الى منى و يمكنها الرمي في خلوة قبل التضايق والتزاحم الذي تكرهه ولما كان يمع ماتريد من التستر فكانت تقدم بذلك الدفع الى منى وترك الوقوف بالمزدلفة اذا كان قد فات بها وبالله التوفيق

﴿ السير في الدفعة ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال سئل أسامة بن زيد وأنا جالس معه كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسير في حجة الوداع حين دفع قال كان يسير العنق فاذا وجد فجوة نص * قال مالك قال هشام ابن عروة والنص فوق العنق ﴾ ش سؤال السائل عن سير رسول الله صلى الله عليه وسلم حين دفع يجوز ان يريد به الدفع من عرفة و يجوز ان يريد الدفع من المزدلفة الا ان اختصاص أسامة بوقف الذي من عرفة هو المشهور لانه كان رديف النبي صلى الله عليه وسلم حين

* وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر أخبرته انها كانت ترى اسماء بنت ابي بكر بالمزدلفة تأمر الذي يصلي لها ولاصحابها الصبح يصلي لهم الصبح حين يطلع الفجر ثم تركب فتسير الى منى ولا تقف

﴿ السير في الدفعة ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن هشام بن عروة عن ابيه انه قال سئل اسامة بن زيد وانا جالس معه كيف كان يسير رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع حين دفع قال كان يسير العنق فاذا وجد فجوة نص * قال مالك قال هشام ابن عروة والنص فوق العنق

وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله ابن عمر كان يحرك راحلته في بطن محسر

دفع من المزدلفة فانه أردف الفضل بن عباس ولا يمنع أن يكون أسامة شاهد ذلك فأخبر عن الأمر بن علي أنه قد روى عن أسامة الاخبار عن الدفع من عرفة خاصة وأخبر في غيره عن الأمرين وسؤال السائل وحفظ أسامة لها دليل على اهتبال الناس بأمر الحج وحفظ سنة النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك حتى بلغوا الى حفظ صفة مشيه واسراعه حيث أسرع وايضاعه حيث أوضع ومنازله ومناقل أحواله

(فصل) وقوله كان يسير العنق يريد ضربا من السير ليس بالشديد رفقا بالناس وتحرزا من اذاهم وليقتدوا به في رفق بعضهم على بعض ويحترز بعضهم من أذى بعض وهذا ما كان في جماعة الناس وزحامهم فاذا وجد فجوة وهي الفرجة من الأرض يريد ليس فيها أحد نص يريد انه أسرع في السير لان النص أرفع من السير وهذا يقتضي أن سنة المشي في الدفع الاسراع وانما يمسك عن بعضه لمانع من زحام أو غيره (مسئلة) وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أمر بالسكينة والوقار روى ذلك الفضل بن عباس وكان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في عشية عرفة وغداة جمع للناس حين دفعوا عليكم بالسكينة وهو كاف ناقته ومعنى ذلك أن لا يخرجوا من حد الوقار والسكينة بالزجر والايضاع فأما الاسراع في المشي الذي لا يخرج عن حد الوقار فان ذلك مشروع غير ممنوع وفي هذا بابان * أحدهما في تبيين وقت الوقوف * والثاني في بيان وقت الدفع

﴿ الباب الأول في بيان وقت الوقوف ﴾

فأما بيان وقت الوقوف فان البائت بالمزدلفة يصلي الصبح في أول طلوع الفجر والأصل في ذلك حديث عبد الله بن مسعود انه قال هما صلاتان يحولان عن وقتهما صلاة المغرب بعد ما يأتي الناس المزدلفة والفجر حين يبزغ الفجر قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يفعله ومعنى ذلك انه من كان في ذلك الموضع يعجل صلاة الفجر قبل الصلاة بها في القواعد التي يحول البناء بين الفجر وبين المرتقب له حتى يرتفع والثاني لما يراد من تعجيل الوقوف (مسئلة) وآخر وقت الوقوف اذا أسفر قبل أن تطلع الشمس وقد روى عن عمرو بن ميمون انه قال شهدت عمر صلى بجمع ثم وقف فقال ان المشركين كانوا لا يفيضون حتى تطلع الشمس ويقولون أشرق ثبير وان النبي صلى الله عليه وسلم خالفهم ثم أفاض قبل أن تطلع الشمس

﴿ الباب الثاني في بيان وقت الدفع ﴾

وأما وقت الدفع فهو عند الاسفار المذكور متصلا بالوقوف ولا يبقى أحد حتى تطلع الشمس فان أراد الامام أن يؤخر حتى تطلع الشمس دفع قبله وقد فعل ذلك ابن عمر وأخر ابن الزبير الوقوف بجمع حتى كادت الشمس أن تطلع فقال ابن عمر اني لاراه يريد أن يصنع كما صنع أهل الجاهلية فدفع ابن عمر ودفع الناس معه

(فصل) ولا يدفع أحد قبل الفجر قاله مالك ووجه ذلك ان الوقوف بعد الفجر مسنون فلا يدفع قبل وقته والامام مقتدى به فلا يدفع قبله وهذا مع سلامة الحال فان كانت ضرورة تدعو الى ترك الوقوف دفع قبل الفجر ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يحرك راحلته في بطن محسر ﴾ ش قوله كان يحرك راحلته في بطن محسر هو بطن واد قرب المزدلفة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحرك ناقته فيه قدر رمية بحجر وهو قدر بطن الوادي وقد قال مالك لا يركض

الحاج فى بطن محسر قال ابن المواز ويسعى الماشى فى بطن محسر كنحو ما يحرك الراكب دابته

﴿ ماجاء فى النحر فى الحج ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بمنى هذا المنحر وكل منى منحر وقال فى العمرة هذا المنحر يعنى المروة وكل فجاج مكة وطرقها منحر ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم بمنى هذا المنحر وكل منى منحر يريد والله أعلم ان الموضع الذى أشار اليه منحر ولعله أشار الى موضع نحره فخصه بذلك لان منحر النبى صلى الله عليه وسلم فيه فضيلة وقد روى ان عبد الله بن عمر كان ينحر فيه ويقصده ويسابق اليه ومنحر النبى صلى الله عليه وسلم هو عند الجمرة الاولى التى تلى مسجد منى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وكل منى منحر يريد انه وان كان هذا مخصوصا بالفضيلة لاختصاصه بنحره صلى الله عليه وسلم أو لغير ذلك من المعانى التى الله أعلم بها فان جميع منى منحر أيضا يجزئ النحر به وقوله صلى الله عليه وسلم هذا يقتضى اختصاص النحر بموضع مخصوص بمنى تختص بالنحر على ثلاث صفات ان عدمت منها صفة لم يجز النحر بمنى احداها أن يوقف بالهدى بعرفة والثانية أن يكون النحر فى أيام التشريق والثالثة أن يكون النحر فى حج فتى اجتمعت هذه الصفات لم يجز النحر بغيرها رواه ابن المواز عن مالك وقال القاضى أبو اسحق لو نحر الهدى فى أيام منى بمكة أجزأه ولم يشترط وقوفه بعرفة وجه القول الأول قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله فذكر النبى صلى الله عليه وسلم ان للهدى محلا وقد نحر النبى صلى الله عليه وسلم هديه فى الحج بمنى ولم ينحر بغيرها فثبت أنها المنحر فى الحج لان أفعاله صلى الله عليه وسلم على الوجوب ووجه القول الثانى ما احتج به القاضى أبو اسحق من ان مكة الأصل فى النحر غير أن السنة فى هدى الحاج أن يكون بمنى لانه اذا نحره حلق رأسه فكان ذلك موضعه وقد روى عن ابن عباس أنه كان ينحر بمكة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمنى كلها منحر الا ما خلف العقبة رواه محمد عن مالك ووجه ذلك ان ما وقع عليه اسم منى انما هو ما دون العقبة الذى هو منتهى منى ولذلك لا يجوز المبيت بمنى دون العقبة ليالى التشريق فكل حكم يختص بمنى لا تعلق له بما دون العقبة كالمبيت والنحر وغير ذلك من الأحكام والله أعلم

(فصل) وقوله وقال فى العمرة هذا المنحر يعنى المروة خص المروة بهذا القول لانه لا تعلق لها ولا لهديها بمنى فأشار الى المروة وقال هذا المنحر على سبيل التخصيص لها والله أعلم ثم قال وكل فجاج مكة وطرقها منحر يعنى أن العمرة وان اختصت بفضيلة ذلك فان سائر طرقها ومواضعها يجزى النحر فيها فكل ما لا يصح نحره بمنى لعدم صفة من الصفات الثلاث التى ذكرناها فانه لا ينحر الا بمكة لانه لا منحر للهدى غير منى ومكة والله أعلم

(فصل) وقوله المنحر بمكة مكة نفسها وما يلى بيوتها من منازل الناس قاله مالك وسئل محمد بن دينار عن المنحر فى فجاج مكة أو ذى طوى فقال من نحر فى فجاج مكة أجزأه وروى أشهب عنه ولا يجزئ أن ينحره عند ثنية المدنيين وفى المدونة من رواية عيسى عن ابن القاسم لا يجزئه بذى طوى ولا يجزئه حتى يدخل مكة ولا أعلم الا أن مالكا قاله * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله ووجه قول مالك ان ماله حكم المدينة فانه منحر وما ليس له حكم المدينة فليس بمنحر وحمل ابن القاسم قوله صلى الله عليه وسلم وكل فجاج مكة منحر على أنه يريد بالفجاج ما داخل القرية وأن اسم مكة داخل مختص بها الا أنه قد نص على أنه ليس لذى طوى حكمها مع كونها أيضا متصلا بالمدينة ولذلك قال مالك ان كان بها من

﴿ ماجاء فى النحر فى الحج ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بمنى هذا المنحر وكل منى منحر وقال فى العمرة هذا المنحر يعنى المروة وكل فجاج مكة وطرقها منحر

حاضري المسجد الحرام والله أعلم ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد قال أخبرتني عمرة ابنة عبد الرحمن أنها سمعت عائشة أم المؤمنين تقول خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لخمس ليال بقين من ذي القعدة ولا نرى الا أنه الحج فلما دنونا من مكة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يكن معه هدي اذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة أن يحل قالت عائشة فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت ما هذا فقالوا نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه قال يحيى بن سعيد فذكرت هذا الحديث للقاسم بن محمد فقال أتتك والله بالحديث على وجهه ﴾ ش قوله خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نرى الا أنه الحج يحتمل أن يريد حين خروجهم من المدينة قبل الاهلال ويحتمل أن يريد به أن احرام من أحرم منهم بالعمرة لا يحل منه حتى يردف الحج فيكون العمل لهما جميعا والاحلال منهما ولا يصح أن يريد به ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أحرم جميعهم بالحج فقد روى عنها عروة أنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فمنا من أهل بعمرة ومنا من أهل بالحج وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجة فذكرت أن الناس كانوا في ذلك على أحوال مختلفة وان منهم من أهل بعمرة خاصة ثم قالت فأما من أهل بعمرة فحل وأما الذين أهلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة فلم يحلوا حتى كان يوم النحر وهذا ينفي أن يكون من أهل بحج أن يطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة ثم يحل

(فصل) وقولها فلما دنونا من مكة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يكن معه هدي اذا طاف وسعى أن يحل يحتمل أن يريد به ان من ظن أنه سيؤمر أن يردف الحج على العمرة ولا يحل حتى يحل منهما أمر من لم يكن معه هدي من هذا الصنف من الناس أن يحل من عمرته ثم يحرم بالحج فيكون متمتعا وانما خص بذلك من لم يكن معه هدي لان من كان معه هدي قد قلده أو أشعره لينحره في حجه بني حكمه أن لا يحل حتى ينحر هديه لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فمن كان معه هدي بقي على احرامه وأردف الحج على عمرته لئلا يحلق رأسه قبل أن يبلغ هديه محله ومن لم يكن معه هدي حل من عمرته ثم استأنف الاهلال لحجه لان ذلك أفضل لانه أتم لعمرته وأتم لحجه لانه يفرد كل واحد من النسكين بعمله ويحتمل أن يكون من لم يكن معه هدي هو الذي أحرم بالعمرة فلذلك أمر أن يحل من عمرته ومن كان معه هدي أحرم بحج فلذلك لم يحل من حجه حتى أتمه ويؤيد هذا حديث عروة المتقدم وهو قولها فأما من أهل بعمرة فحل وأما من أهل بحج أو جمع الحج والعمرة فلم يحلوا حتى كان يوم النحر

(فصل) قوله قالت عائشة فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت ما هذا فقالوا نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نسائه البقر يقتضي أن الانسان قد ينحر عن غيره * قال القاضي أبو الوليد وهذا عندي يقتضي أن ينحر الرجل عن الجماعة من أهل بيته وهو على وجهين أحدهما أن يكون يجري مجرى الأضحية لم يوقف ولم يقلد وانما وجبت بالنحر كالأضحية وهذا يرده ان أهل منى لا أضاحي عليهم والوجه الثاني أن يقلده ويشعره عنهم وهو باق على ملكه حتى ينحره عنهم ويجري ايجابه بالتقليد مجرى تعيين الأضحية قبل الايجاب وان لم تبلغ مبلغ الايجاب الا أنه مؤثر في التعيين فهذا يكون في التطوع على هذا الوجه ولذلك قالوا نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه البقر ولم يعين ما نحر عن كل واحدة منهن * قال القاضي أبو الوليد والأظهر من هذا اللفظ الاشتراك على أنه قد روى مفسرا من حديث ابن شهاب عن عمرة عن عائشة قالت ما ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم

وحدثني عن مالك عن يحيى ابن سعيد قال أخبرتني عمرة بنت عبد الرحمن انها سمعت عائشة أم المؤمنين تقول خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لخمس ليال بقين من ذي القعدة ولا نرى الا أنه الحج فلما دنونا من مكة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يكن معه هدي اذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة أن يحل قالت عائشة فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت ما هذا فقالوا نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه قال يحيى ابن سعيد فذكرت هذا الحديث للقاسم بن محمد فقال أتتك والله بالحديث على وجهه

عن آل محمد في حجة الوداع الابقرة واحدة وأما الذي يمنع منه الاشتراك ففيمن ملك الهدي وليس من هذا السبيل

(فصل) وقولها نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه البقر ولم يعين ما نحر عن كل واحدة لما ورد عليهن بلحم بقر فسألت عنه دليل على أن اللحم الذي دخل به عليهن من لحم ما نحر عنهن وذلك يقتضي أيضا النحر للبقر وقد اختار مالك فيها الذبح على أنه يجوز فيها النحر غير أن هذا الحديث ورد بلفظ النحر وورد بلفظ الذبح ويحتمل أنه لما استوى ذلك عندا راوي الحديث عبر عن الذكاة بأي اللفظين أمكنه فعبر عنها مرة بالذبح ومرة بالنحر

(فصل) وقول القاسم أتتك والله بالحديث على وجهه تصديقا لعمرة واخبارا عن حفظها للحديث وضبطها له وأنها لم تغير شيأ منه بتأويل ولا تجوز ولا غيره ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن حفصة أم المؤمنين أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما شأن الناس حلوا ولم تحل أنت من عمرتك فقال اني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا أحل حتى أنحر ﴾ ش قول حفصة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما شأن الناس حلوا ولم تحل أنت من عمرتك يحتمل أن تريد به الحج لان معناهما جميعا القصد يقال حج الرجل البيت اذا قصده واعتمره اذا قصده فلما كان معناهما واحدا عبرت عن أحدهما بالآخر وان كان كل واحد منهما واقعا في الشرع على نوع مخصوص من القصد والنسك ويحتمل أن حفصة اعتقدت أنه كان معتمرا فقالت له ذلك على ما اعتقدت فأعلمها بقوله اني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا أحل حتى أنحر انه محرم احراما لا يمكنه التحلل منه وذلك لا يكون عاريا من حج وليس في قوله صلى الله عليه وسلم لبدت رأسي وقلدت هديي ما يمنع من أن يحل من عمرته المفردة لان من لبد رأسه وقلد هديه وأحرم بعمرته ينحر هديه ويحلق رأسه عندنا كما لها ولا يجب عليه لاجل التلبيد والتقليد أن يردف عليها حجة وانما معنى ذلك والله أعلم أن في الكلام حذفا وذلك أن يعلمها انه لبد رأسه وقلد هديه للحج فلا يمكنه التحلل من ذلك قبل أن يبلغ الهدي محله وينحره بمنى بعد كمال حجته وأما من أحرم بعمرته وأكمل عملها فانه لا يجوز له أن يردف الحج عليها ويلزمه أن يحلق ويحلل ثم يحرم بالحج ان شاء لانه ليس في ارداف الحج على عمرة قد كمل عملها غير تأخير الحلاق وذلك نقص في النسك يجب جبرانه بالدم ولا يجوز أن يقال كره الحلاق لقرب الحج على ما كره مالك للعتمر أن يحلق اذا قرب الموسم وان كان يستحب الحلاق لغيره لان مالكا قال انه يقصر بدلا من الحلاق ويوفر شعره لحلاق الحج فيجمع بين الأمرين وحفصة لم تسأله صلى الله عليه وسلم عن ترك الحلاق وانما سألته عن ترك التحلل والله أعلم

﴿وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن حفصة أم المؤمنين انها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما شأن الناس حلوا ولم تحلل انت من عمرتك فقال اني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا أحل حتى انحر

﴿ العمل في النحر ﴾

حدثني يحيى عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بعض هديه ونحر غيره بعضه

﴿ العمل في النحر ﴾

ص ﴿ مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بعض هديه ونحر غيره بعضه ﴾ ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بعض هديه يقتضي مباشرته لذلك وان كان يقال نحر بدنه اذا أمر من ينحرها إلا أن الأظهر من اللفظ مباشرة ذلك لاسيما وقد بين ذلك بقوله ونحر غيره بعضه فدل ذلك على أنه أراد بما أضاف اليه نحره المباشرة ولذلك فرق بينه وبين ما لم يباشره باللفظ ولو أراد أن غيره نحر ما أضافه اليه لجمع الكل في لفظ واحد وقد تقدم أن الافضل مباشرة من أهدى نحر هديه لما في ذلك من التواضع والاتيان بتمام النسك ولأنه

من القرب التي لها تعلق بالمال و بالبدن ولا خلاف في أن ما كان بهذه الصفة أن الاستنابة فيه ممنوعة كالحج

(فصل) وقوله ونحر غيره بعضه يصح أن يريد به تبيين جواز استنابة غيره في ذلك فأعلمنا بفضيلة المباشرة بمباشرته وأعلمنا بجواز الاستنابة بما ولي من ذلك غيره ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر قال من نذر بدنة فانه يقلدها نعلين ويشعرها ثم ينحرها عند البيت أو بمنى يوم النحر ليس لها محل دون ذلك ومن نذر جزورا من الابل أو البقر فلينحرها حيث شاء ﴾ ش قوله من نذر بدنة فانه يقلدها يقتضي أن لفظ البدنة لا ينطلق الا على الهدي وفي عرف الاستعمال ان البدنة من الابل ما أهدي ولذلك قال ان من نذر بدنة فحكمه أن يقلدها ومن نذر جزورا ففرق بينهما في اللفظ لما افترقا في المعنى وصار عنده اسم البدنة مختصا بالهدي واسم الجزور مختصا بما ليس بهدي والنذر للابل على ضربين أحدهما أن ينذرها باسم البدنة أو ينذرها باسم الجزور فان نذرها باسم البدنة فان ذلك يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن لا ينوي هديا ولا غيره والثاني أن ينوي الهدي والثالث أن ينوي غير الهدي فان لم ينو شيئا فالاظهر عندي أن لها حكم الهدي وهو الاظهر من قول عبد الله بن عمر لأنه لم يشترط في البدنة نية ولا غيرها ولأن لفظ البدنة مختص بالهدي فوجب أن يحمل عليه وان نوى الهدي فهو أبين في وجوب حكم الهدي فان نوى غير ذلك فهو على ما نوى إلا أنه ان نذر ذلك بموضع مخصوص غير مكة وكان بموضع نذر جاز له أن ينحره به وان كان بموضع يتكلف اليه سوق البدنة نحرها بموضعه ولم يجز أن تساق الى غير مكة ﴿ قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي في المعينة وأما غير المعينة فيجوز عندي أن يشتريها بموضع نذر نحرها وينحرها هنالك لأنه لا يمنع من اختصاص صدقته بموضع يخصه وانما منعه من سوق البدن الى غير مكة

(فصل) وقوله ومن نذر جزورا من الابل أو البقر فلينحرها حيث شاء يريد أن من نذره باسم الجزور وهو لفظ مختص بغير الهدي ولا ينطلق من جهة عرف الشرع على الهدي فمن نذره على هذا الوجه فهو عمل يتقرب به الى الله عز وجل على وجه الصدقة قال وهذا عندي ان النذر انما هو في اطعام المساكين لحمها وأما اراقة الدم فيجب عندي أن يكون النذر غير متعلق به لأن اراقة الدماء لا تكون الا بمكة أو بمنى في الحج أو العمرة لفدية الاذى فلا يساق الى غير مكة لاختصاصه بذلك المكان وكذلك الاضحية ولو أن من نذر نحر الجزور بغير مكة يشتريها منحورة فتصدق بها لأجزأ عندي لأن اراقة دمها لا يتعلق به النذر لأنه ليس من القرب في ذلك المكان ولذلك ذكرها ابن عمر باسم الجزور ولم يقل هديا ولا دما

(فصل) ولم يقصد بذكر الابل والبقر دون الغنم أن النذر لا يتعلق بغيرهما وانما قصد الى أن البقرة تنوب عن البدنة ولذلك قال فيمن نذر بدنة فلم يجدها فلينحر بقرة وان الشاة لا تجزي عن البدنة ويجب أن لا تجزي على ذلك عن البقرة

(فصل) وقوله فلينحرها حيث شاء يحتمل معنيين أحدهما أن يكون نذر جزورا فان اطلاق هذا النذر لا يتعلق بموضع دون موضع ونذر الهدي يتعلق بموضع مخصوص والثاني أن من نذر سوق جزور معين الى موضع من المواضع فان نذر سوقه باطل وينحره حيث شاء من المواضع التي لا يتكلف سوقه اليها لقربها ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة أن أباه كان ينحر بدنه قياما ﴾ ش قد تقدم الكلام في مثل هذا وأن السنة نحرها قياما مصفوفة الايدي إلا أن يخاف منها نفارا فتنحر

* وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر قال من نذر بدنة فانه يقلدها نعلين ويشعرها ثم ينحرها عند البيت او بمنى يوم النحر ليس لها محل دون ذلك ومن نذر جزورا من الابل أو البقر فلينحرها حيث شاء * وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة ان أباه كان ينحر بدنه قياما

على الوجه الذي يمكن ذلك منها معقولة أو كيف أمكن بما يغني الناظر في ذلك ان شاء الله ص ﴿ قال مالك لا يجوز لأحد أن يحلق رأسه حتى ينحر هديه ولا ينبغي لأحد أن ينحر قبل الفجر يوم النحر وانما العمل كله يوم النحر الذبح ولبس الثياب والقاء التفث والحلاق ولا يكون شيء من ذلك قبل يوم النحر ﴾ ش قوله لا يجوز لأحد أن يحلق رأسه حتى ينحر هديه وذلك أن سنة الذبح أن يفعل قبل الحلاق والأصل في ذلك قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ في نحر هديه ثم حلق بعد ذلك فمن خالف هذا فقدم الحلاق قبل النحر فلا يخلو أن يقدم الحلاق خطأ وجهلا وعمدا أو قصدا فان كان ذلك خطأ وجهلا فلا شيء عليه رواه ابن حبيب عن ابن القاسم وهو المشهور من مذهب مالك وقال ابن الماجشون عليه الهدي وبه قال أبو حنيفة وجه القول الاول ما روي أن رجلا قال يا رسول الله لم أشعر فحلقت قبل أن أنحر فقال صلى الله عليه وسلم انحر ولا حرج وقال ابن الماجشون معنى ذلك أن لا اثم عليه لأن اسم الحرج يطلق على الاثم دون الهدي ولابن القاسم أن يقول ان هذا موضع تعليم لما يجب على السائل فلو وجب عليه الهدي لأمره به ولنقل الينا وقد روي هذا الحديث من طرق ولم يروشيء منها هنا والله أعلم (مسئلة) وأما ان كان على وجه العمل فقد روى القاضي أبو الحسن أنه يجوز تقديم الحلق على النحر قال وبه قال الشافعي والظاهر من المذهب المنع والترتيب مشروع مستحب وأقل ما يحمل عليه فعل النبي صلى الله عليه وسلم في حجه الاستحباب

(فصل) وقوله ولا ينبغي لأحد أن ينحر قبل الفجر يوم النحر وجه ذلك أن كل نسك ونحر فانه لا يكون شيء منه بالليل وانما هو كله بالنهار وقد استدل مالك على ذلك بقوله تعالى ويذكروا اسم الله في أيام معلومات وقد تقدم الكلام في انه لا يجزي النحر بالليل بما يغني عن اعادته وذا ثلنا انه لا يجوز النحر قبل الفجر فلا يجوز الرمي قبل الفجر لأنه مرتب عليه

(فصل) وقوله وانما العمل كله يوم النحر الذبح ولبس الثياب والقاء التفث والحلاق ولا يكون شيء منه قبل الفجر وتحرير ذلك انه نسك يتقدم عليه الرمي فلا يتكرر مثله قبله فوجب أن لا يجوز فعله قبل يوم النحر أصل ذلك القاء التفث والحلاق وأما طواف الافاضة فان مثله يتكرر وهو طواف الورود (مسئلة) وقد اختلف الناس في يوم الحج الاكبر فقال مالك انه يوم النحر وقال قوم انه يوم عرفة والدليل على ذلك ما روي عن أبي هريرة أنه قال بعثني أبو بكر فيمن يؤذن يوم النحر بمنى أن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان والحج الاكبر يوم النحر

﴿ الحلاق ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال والمقصرين ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم اللهم ارحم المحلقين وتخصيصه لهم بالدعاء تفضيل للحلاق على التقصير وذلك ان التحلل بهذا الباب على ضربين حلاق وتقصير وفي ذلك ستة أبواب أولها في حكمه الحلاق والتقصير والباب الثاني في صفة الحلاق والتقصير والباب الثالث في موضع الحلاق والتقصير والباب الرابع في وقتهما والباب الخامس فيما يتعلق بهما من الاحكام والباب السادس هل هو نسك أو تحلل

قال مالك لا يجوز لأحد أن يحلق رأسه حتى ينحر هديه ولا ينبغي لأحد أن ينحر قبل الفجر يوم النحر وانما العمل كله يوم النحر الذبح ولبس الثياب والقاء التفث والحلاق لا يكون شيء من ذلك يفعل قبل يوم النحر

﴿ الحلاق ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال والمقصرين

(الباب الاول فى من حكمه الحلاق والتقصير)

الافضل للرجال الحلاق وذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم حلق وقال خذوا عنى مناسككم ولا يخلو فعله فى ذلك من الوجوب أو الندب ودليل آخر من الحديث المتقدم وهو انه صلى الله عليه وسلم خص المحلقين بالدعاء لهم وكرر ذلك اظهار الفضيلة الحلاق فمن قصر مع القدرة على الحلاق والتمكن منه أجزأه ولا شئ عليه وقد قال تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين (مسئلة) ومن حل من عمرته فى أشهر الحج فالحلاق له أفضل الا أن تفوت أيام الحج ويريد أن يحج فليقصر لمكان حلاقه فى الحج قال محمد بن المواز ووجه ذلك ما يريد من تخصيص الحج الذى هو أفضل النسكين بالحلاق (مسئلة) وأما المرأة فقد قال ابن حبيب ليس على من حج من النساء حلاق وقد نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم المرأة فى حج أو عمرة وقال هى مثلة وهو الذى رواه ابن حبيب وان لم نعرف له اسنادا صحيحا الا انه من قول العلماء وهو الصحيح لان حلاق المرأة مثلة لانه حلاق غير معتاد كحلاق الرجل لحيته وشاربه

(الباب الثانى فى صفة الحلاق والتقصير)

أما صفة الحلاق فقد قال ابن المواز عن مالك فى الحاج ان من الشأن أن يغسل رأسه بالخطمى والغاسول حين يريد أن يحلق قال ولا بأس أن يتنور ويقص شاربه ولحيته قبل ان يحلق وروى ابن المواز عن ابن القاسم فى المعتمر يغسل رأسه قبل أن يحلقه أو يقتل شيأ من الدواب أو يلبس قميصا بعد تمام السعى قال اكره ذلك وهذا ليس على معنى الخلاف بين مالك وابن القاسم وانما اختلف قولهما لان مالكا تكلم فى حكم الحج وابن القاسم تكلم فى حكم العمرة والفرق بينهما ان الحاج قد وجد منه قبل الحلاق تحلل وهو الرمى والمعتمر لا يوجد منه قبل الحلاق تحلل (مسئلة) ويبدأ بالحلاق من الشق الايمن ويبلغ به الى العظمين اللذين فى الصدغين عند منتهى اللحية قاله ابن حبيب ولا يجزئ حلق الرأس دون استيعابه حكاه الشيخ أبو بكر وغيره عن مالك والدليل على ذلك ان النبى صلى الله عليه وسلم حلق رأسه وقال خذوا عنى مناسككم * وأما التقصير فلا يخلو أن يكون المقصر رجلا أو امرأة فان كان رجلا فقد قال مالك ليس تقصير الرجل أن يأخذ من أطراف شعره ولكن يجز ذلك جزا وليس مثل المرأة فان لم يجزه وأخذ منه فقد أخطأ ويجزئه وبه قال الشيخ أبو بكر ومعنى ذلك ان يأخذ منه ما يقع عليه اسم التقصير وليس ذلك بان يأخذ اليسير من شعر رأسه *قال القاضى أبو الوليد وفى هذا عندى نظر وذلك انه قد منع أن يفعل من ذلك ما تفعله المرأة والذى تفعله المرأة يقع عليه اسم التقصير ولو كان الذى يأخذ من أطراف شعره لا يقع عليه اسم التقصير لم يجزه وقد قال مالك انه يجزئه وانما أراد المبالغة فى ذلك على وجه الاستحباب وان يبلغ به الحد الذى يقرب من أصول الشعر وهذا الذى يوصف بالجز (مسئلة) وأما المرأة فانها اذا أرادت الاحرام أخذت من قرونها للتقصير فاذا حلت قصرت قاله ابن المواز ومعنى ذلك ان تيسر فى مواضع التقصير ليتمكن الاخذ من جميعه (مسئلة) وكم مقدار ما تقصر روى عن ابن عمر انه قال مقدار أنملة وقد روى ابن حبيب عن مالك قدر الانملة أو فوق ذلك بقليل أو دونه بقليل وروى عن عائشة يجزها قدر التطريف قال مالك ليس لذلك عندنا حد معلوم وما أخذت منه أجزأها ولا بد من ان تعم بالتقصير الشعر كله طويله وقصيره والدليل على ذلك انها عبادة تتعلق بالرأس فكان حكمها فيه الاستيعاب كالمسح فى الوضوء

(الباب الثالث في موضع الحلاق والتقصير)

موضع الحلاق في الحج منى وفي العمرة مكة وانما يتعلق الحلاق والتقصير بهذين الموضعين على انه هو المشروع على سبيل الاستحباب وقد قال مالك في الذى يذكر الحلاق بمكة قبل الطواف للافاضة لا يطوف وليرجع الى منى فيحلق ثم يفيض فان لم يفعل وحلق بمكة أجزأ عنه وقد روى ابن القاسم فيمن حلق في الحل أيام منى لا أرى عليه شيأ اذا حلق في أيام منى

(الباب الرابع في وقت الحلاق والتقصير)

أما الحلاق والتقصير فله وقتان أحدهما ان يوقت بالزمان والثانى ان يوقت بفعل ما هو مقدم عليه في الرتبة فاما توقيته بالزمان فبعد طلوع الفجر بعد رمى جمرة العقبة وأما آخره فقد روى محمد عن مالك فيمن أفاض قبل أن يحلق ان ذكر في أيام منى فحلق فلا شئ عليه وان ذكر بعدها حلق وأهدى وقال ابن القاسم اذا تباعد ذلك بعد الافاضة أهدى وليس لذلك حد وان ذكر وهو بمكة قبل أن يفيض فليرجع حتى يحلق ثم يفيض وسنذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما توقيته بما يترتب عليه من الافعال فانه اذا طلع الفجر حل الرمى فاذا رمى نحر هديا ان كان معه ثم يحلق بعد ذلك ثم له أن يطوف للافاضة ومن حلق قبل أن يرمى فقد قال ابن حبيب من جهل فحلق يوم النحر قبل ان يرمى فعليه فدية الأذى ووجه ذلك انه حلق قبل ان يوجد منه تحلل والحلق في ذلك الوقت محظور لحق احرام لم يوجد فيه تحلل فلزمه لذلك فدية الأذى وهذا فيمن أفرد الحج وسواء كان قدم السعى أو أخره كالمراهق الوارد أو المحرم بالحج من مكة وأما القارن فالمشهور من مذهب مالك ان حكمه في ذلك حكم المفرد وذهب أبو بكر بن الجهم الى ان القارن لا يحلق بعد الرمى حتى يطوف ويسعى والله أعلم ومن أفاض قبل الحلاق في المختصر انه اختلف فيه فقيل يرجع فيحلق ثم يفيض فان لم يفض فلا شئ عليه وقيل ينحره ثم يحلق ولا شئ عليه وسنذكره بعد هذا ان شاء الله

(الباب الخامس فيما يتعلق بهما من الاحكام)

أما ما يتعلق بهما من الاحكام فانه لا يخلو أن يكون المحرم حاجا أو معتمرا فان كان حاجا فاذا حلق فقد حل له كل شئ حرم عليه من القاء التفث وجاز له أن يدهن ويقص شاربه ويلبس المخيط وقد تقدم من قول مالك ان ذلك كله قد حل له بالرمى قبل الحلاق وانه اذا حلق فقد حل له كل شئ الا النساء والطيب والصيد حتى يفيض من منى الى مكة قال ابن حبيب وفي الطيب اختلاف (مسئلة) ومن وطئ قبل ان يحلق أو يقصر فقد لزمه الهدى كان في حج أو عمرة رواه ابن القاسم عن مالك ويجب أن يكون معنى ذلك في الحج انه رمى وطاف للافاضة ثم وطئ قبل أن يحلق فلزمه الهدى لانه قد بقى عليه بعض التحلل وهو الحلاق أو ما يقوم مقامه من التقصير (مسئلة) ومن مس الطيب قبل أن يحلق في الحج فقد أساء ولا دم عليه ووجه ذلك انه قد وجد منه تحلل وهذه حالة مختلف فيها في اباحته (مسئلة) وأما المعتمر فاذا كمل طوافه وسعيه فلا يلبس ثيابا ولا يمس طيبا حتى يحلق أو يقصر وقد كره مالك ذلك كله وقد تقدم ذكره فان فعل فقد قال ابن حبيب عن مالك لا شئ عليه ووجه ذلك أنه قد كمل عمرته ولم يبق عليه منها شئ غير التحلل (مسئلة) فان وطئ قبل أن يحلق فقد اختلف قول مالك فيه في رواية ابن المواز عنه قال مرة عليه عمرة أخرى وقال مرة ليس عليه الا الهدى ووجه القول الاول انه لم يوجد منه تحلل في هذا النسك فاذا وطئ فيه وجب أن يفسد أصل ذلك اذا وطئ في الحج قبل الرمى ووجه الرواية الثانية انه وقت لو مس فيه الطيب لم تجب عليه فدية فاذا وطئ لم تفسد عمرته وانما يلزمه الهدى لما وطئ قبل أن يتحلل وبعد تمام فعل العمرة ووجه الرواية الثالثة

انه وقت لومس فيه الطيب ولبس المخيط لم تجب عليه فدية فاذا وطئ لم يجب عليه شئ في العمرة أصل ذلك ما بعد الحلاق والله أعلم

(الباب السادس هل هو نسك أو تحلل)

لنا أنه نسك من مناسك الحج وهو أحد قولي الشافعي وله قول آخر انه مباح بعد الحظر يمنع الاحرام فاذا زال الاحرام زال تحريمه كالحلاق وتقليم الأظفار ولبس الثياب والدليل على أنه نسك يثاب صاحبه على فعله قوله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله الآية فوصف دخول المسجد على هذه الصفة فيما وعدهم به ولو لم يكن نسكا مقصودا لما وصف دخولهم به كما لم يصف دخولهم بلبسهم الثياب والتطيب ووجه ثان انه كناية عن الحج أو العمرة ولو لم يكن من النسك لما كنى به عنه ودليلنا من جهة السنة الحديث المتقدم انه صلى الله عليه وسلم قال رحم الله المحلقين ثم قال في الثالثة والمقصرين فلو لم يكن فعلا يثاب عليه فاعله لما دعا له والثاني انه أظهر تفضيل الحلاق على التقصير ولو لم يكن نسكا له فضيلة من عليه ثواب لما كان أفضل من التقصير كما انه ليس لبس نوع من الثياب أفضل من لبس غير ذلك ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه انه كان يدخل مكة ليلا وهو معتمر فيطوف بالبيت وبين الصفا والمروة ويؤخر الحلاق حتى يصبح قال ولكنه لا يعود الى البيت فيطوف به حتى يحلق رأسه قال وربما دخل المسجد فأوتر فيه ولا يقرب البيت ﴾ ش قوله انه كان اذا دخل مكة معتمرا أو طاف وسعى ليلا أخر الحلاق حتى يصبح ووصف ذلك بالتأخير لان السنة تعجيله واتصاله بالفراغ من السعي لما فيه من تعجيل سلامة النسك مما عسى أن يدخل عليه من نقص وطء أو غيره وجاز التأخير لما يتعلق بالوقت من تعذر الحلاق في الأغلب وقد روى عن مالك فيمن طاف وسعى لعمرته من الليل فلا بأس ان يؤخر الحلاق الى الصبح قال وتعجيل ذلك أفضل (فصل) وقوله ولكنه لا يعود الى البيت يريد انه كان لا يطوف بالبيت حتى يتحلل من عمرته بالحلاق لان من سنة المعتمر أن لا يطوف بالبيت متنفلا حتى يكمل عمرته ويتحلل منها بالحلاق وقد قال مالك فيمن طاف وسعى لعمرته ليلا فأخر الحلاق حتى يصبح لا يتنفل بطواف ولا يدخل البيت ولا يقربه حتى يحلق قال أصبغ في العتبية والموازية فان فعل فلا شئ عليه قال مالك ولا يدخل البيت حتى يحلق فان فعل فذلك واسع ص ﴿ قال مالك التفاء التفث حلاق الشعر ولبس الثياب وما يتبع ذلك * قال يحيى سئل مالك عن رجل نسي الحلاق بمنى في الحج هل له رخصة في أن يحلق بمكة قال ذلك واسع والحلاق بمنى أحب الي ﴾ ش وهذا على ما تقدم ان الحلاق بمنى على وجه الاستحباب لان النحر بها والحلاق متصل وقد شرع تعجيله وكذلك فعل النبي صلى الله عليه وسلم نحر هديه وحلق رأسه بمنى باثر نحر هديه وأفعاله صلى الله عليه وسلم على الوجوب أو على الندب فمن نسي حلق رأسه فذكر ذلك بمنى أيام منى حلق بها ص ﴿ قال مالك الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا ان أحدا لا يحلق رأسه ولا يأخذ من شعره حتى ينحر هديا ان كان معه ولا يحل من شئ حرم عليه حتى يحل بمنى يوم النحر وذلك ان الله تبارك وتعالى قال ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله ﴾ ش وهذا على نحو ما تقدم ان أحدا لا يحلق ولا يأخذ من شعره ممن كان معه هدى حتى ينحره لما قدمناه من أن الحلاق بعد النحر والأصل في ذلك ما احتج به مالك من قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وهذا وان كان بلفظ البلاغ فان معناه النحر لانه قد قال تعالى هديا بالغ الكعبة ومعناه منحور بها بدليل انه لو مات بها قبل أن ينحر لما أجزأ عن جزاء الصيد

* وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه انه كان يدخل مكة ليلا وهو معتمر فيطوف بالبيت وبين الصفا والمروة ويؤخر الحلاق حتى يصبح قال ولكنه لا يعود الى البيت فيطوف به حتى يحلق رأسه قال وربما دخل المسجد فأوتر فيه ولا يقرب البيت * قال مالك التفاء التفث حلاق الشعر ولبس الثياب وما يتبع ذلك * قال يحيى سئل مالك عن رجل نسي الحلاق بمنى في الحج هل له رخصة في أن يحلق بمكة قال ذلك واسع والحلاق بمنى أحب الي * قال مالك الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا ان أحدا لا يحلق رأسه ولا يأخذ من شعره حتى ينحر هديا ان كان معه ولا يحل من شئ حرم عليه حتى يحل بمنى يوم النحر وذلك ان الله تبارك وتعالى قال ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله

(فصل) وقوله ولا يحل من شئ حرم عليه حتى يحل يوم النحر بمنى يريد انه لا يكون تحلل من شئ من الاحرام قبل يوم النحر ولذلك قلنا انه لا يرمى الجمرة ولا يحلق قبل طلوع الفجر من يوم النحر وهذا يقتضى انه لا يفيض قبل طلوع الفجر وقد تقدم للقاضى أبى الحسن نحو ذلك

﴿ التقصير ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان اذا أفطر من رمضان وهو يريد الحج لم يأخذ من رأسه ولا من لحيته شيأ حتى يحج قال مالك وليس ذلك على الناس ﴾ ش قوله كان لا يأخذ من رأسه ولحيته شيأ اذا نوى الحج بعد الفطر من رمضان لانه كان يريد توفير ما يأخذ من ذلك فى حجه عند الحلاق وانما ذلك مستحب ولذلك استحب للمعتمر أن لا يحلق اذا كان بقرب الحج ليوفر شعره للحلاق فى الحج ولعل عبد الله بن عمر كان يترك ذلك بعد الأخذ منه عند الفطر للتجمل للعيد ولذلك لم يوقت ترك الأخذ منه بما قبل العيد

(فصل) وقول مالك وليس ذلك على الناس يريد انه لا يجب على الناس التزام مثل هذا على وجه الوجوب ويحتمل أن يريد انه ليس عليهم على وجه الندب والاستحباب لانه لم يرد ما يؤيده عند مالك رحمه الله ولما فيه من طول التشعث وتقديم الامتناع من الاخذ من الشعر قبل الاحرام بمدة طويلة والله أعلم ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان اذا حلق فى حج أو عمرة أخذ من لحيته وشاربه ﴾ ش قوله انه كان اذا حلق فى حج أو عمرة أخذ من لحيته وشاربه يريد انه كان يقص منهما مع حلق رأسه وقد استحب ذلك مالك رحمه الله لان الأخذ منهما على وجه لا يغير الخلقة من الجمال والاستئصال لهما مثلة كحلق رأس المرأة فمنع من استئصالهما أو أن يقع منهما ما يغير الخلقة ويؤدى الى المثلة وأما ما تزايد منها وخرج عن حد الجمال الى حد التشعث وبقاؤه مثلة فان أخذه مشروع فلما كانت من الشعور التى يجوز الأخذ منها تعلق بها حكم النسك على وجه الاستحباب ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن ان رجلا أتى القاسم بن محمد فقال انى أفضت وأفضت معى بأهلى ثم عدلت الى شعب فدنوت لادنو من أهلى فقالت انى لم أقصر من شعرى بعد فأخذت من شعرها باسنانى ثم وقعت بها فضحك القاسم بن محمد وقال مرها فلتأخذ من شعرها بالجلمين * قال مالك استحب فى مثل هذا أن يهريق دما وذلك ان عبد الله بن عباس قال من نسى من نسكه شيأ فليهرق دما ﴾ ش قوله انى أفضت وأفضت معى بأهلى يحتمل معنيين أحدهما انه توجه للافاضة وعدل الى الشعب فى توجهه الى الافاضة ويحتمل أن يكون يريد بقوله أفضت طفت طواف الافاضة وانه عدل الى الشعب لانصرافه من الافاضة الى منى وهو ظاهر اللفظ لقوله أفضت وانما يقتضى الافاضة الشرعية وهى طواف الافاضة

(فصل) وقوله فذهبت لادنو من أهلى فقالت انى لم أقصر بعد منعته الدنو منها ومعناه الجماع لما لم تكن قصرت بعد وهذا يقتضى ان من طاف للافاضة ولم يحلق فانه لا يجامع أهله لانه قد بقى عليه شئ من التحلل لان الحلاق من التحلل فى الحج

(فصل) وقوله فأخذت من شعرها بأسنانى ثم وقعت بها يريد انه رأى ذلك تقصيرا يبيح منها ما يمنعه عدم التقصير وضحك القاسم بن محمد رضى الله عنه بما أخبره به عن نفسه من الحرص على الجماع والتسبب له واقامته القص بأسنانه لشئ من شعرها مقام التقصير اللازم لها حرصا على بلوغ ما أراده منها

﴿ التقصير ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان اذا أفطر من رمضان وهو يريد الحج لم يأخذ من رأسه ولا من لحيته شيأ حتى يحج قال مالك ليس ذلك على الناس * وحدثنى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان اذا حلق فى حج أو عمرة أخذ من لحيته وشاربه * وحدثنى عن مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن ان رجلا أتى القاسم بن محمد فقال انى أفضت وأفضت معى بأهلى ثم عدلت الى شعب فذهبت لادنو من أهلى فقالت انى لم أقصر من شعرى بعد فأخذت من شعرها باسنانى ثم وقعت بها فضحك القاسم وقال مرها فلتأخذ من شعرها بالجلمين قال مالك أستحب فى مثل هذا أن يهريق دما وذلك ان عبد الله بن عباس قال من نسى من نسكه شيأ فليهرق دما

(فصل) وقوله فمر بها فلتأخذ من شعرها بالجلمين يحتمل أمرين أحدهما انه علم ان أخذه من شعرها بأسنانه لا يمكنه استيعاب جميع شعرها بالتقصير وكان يرى انه لا يجزئ الا الاستيعاب فأمره بأن يقصر بالجلمين لانهما انما يمكن الاستيعاب بهما ويحتمل وجها آخر وهو أن يعتقد انه لا يجزئ الاخذ من الشعر بالاسنان ولا بغيرها الا ما كان من الحديد الذي اعتيد التقصير به وأما التقصير بالاضراس فانه لا يقوم مقام القص بالجلمين

(فصل) وقول مالك استحب فى مثل هذا أن يهريق دما معناه انه لما أصاب النساء قبل تمام تحلله بالحلاق كان عليه الدم وأيضا فان طوافه للافاضة قبل الحلاق مما قد اختلف أصحابنا فى اعادته فى وجوب الهدى به فكيف اذا تحللها الوطء

(فصل) وقوله وذلك ان عبد الله بن عباس قال من نسى من نسكه شيأ فليهرق دما احتجاجه على ذلك بقول عبد الله بن عباس يحتمل أن يريد به أنه قول قد قاله غيره فجاز له أن يذهب اليه بوجه من الاجتهاد ويقتضى ذلك ان النسيان والعمد عنده فى ذلك سواء أولانه اذا كان عليه أن يهريق دما فى نسيانه مع عذر النسيان فبأن يكون ذلك عليه فى العمد والجهل أولى ولما احتج على ذلك بقول ابن عباس من نسى من نسكه شيأ اقتضى أن يكون الحلاق عنده نسكا والا لم يتناوله الدليل وفى ذلك وجه آخر وذلك ان ما قاله عبد الله بن عباس يقتضى وجوب الهدى لان من نسى من نسكه شيأ كالمبيت بالمزدلفة أو رمى الجمار فقد وجب عليه الهدى وان كان فيها ما يستحب فيه الهدى لكن لما احتمل قول ابن عباس الوجوب والندب واشتمل على المعنيين تعلق به الندب لانه متناول له ويجوز أن يكون مالك رحمه الله يريد بقوله استحب له أنه يستحب ايجابه عليه ويكون قول من أوجب ذلك أحب اليه من قول من لم يوجبه فيكون الهدى على هذا القول واجبا والله أعلم ص

﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه لقى رجلا من أهله يقال له المجبر قد أفاض ولم يحلق ولم يقصر جهل ذلك فأمره عبد الله أن يرجع فيحلق أو يقصر ثم يرجع الى البيت فيفيض ﴾ ش الرجل الذى يقال له المجبر هو ابن أخى عبد الله بن عمر وهو عبد الرحمن بن عبد الرحمن بن عمر بن الخطاب وكان المجبر قد أفاض ولم يحلق ولم يقصر جهل ان ذلك كان يلزمه فأمره عبد الله أن يرجع فيحلق أو يقصر وهذا يقتضى أن الرجوع الى موضع الحلاق بمنى ولو لم يأمره بالرجوع الى منى لقال فأمره أن يحلق ثم يفيض ولما قال أمره أن يرجع فيحلق ثم يرجع الى البيت فيفيض فهم منه انه لقيه بغير منى ولعله لقيه بين مكة ومنى منصرفا الى منى فأمره أن يتمادى الى منى فيحلق ثم يرجع الى البيت فيعيد طواف الافاضة وقد اختلف فيه ففى المختصر يرجع فيحلق ثم يفيض وقيل ينحر ويحلق ولا شئ عليه فاذا قلنا انه يعيد الافاضة فوجهه انهما تحللان مرتبان فاذا قدم الآخر منهما وجب الاتيان بما لم يفت وقته كالحلاق ورمى جمرة العقبة ووجه القول الثانى انهما معنيان سنا بعد رمى الجمرة وقبل رمى الجمار فتقديم أحدهما على الآخر لا يوجب الاعادة كالحلق والذبح (فرع) فان قلنا يعيد الافاضة فان ذلك على الاستحباب وفى المختصر من ترك ذلك فلا شئ عليه ووجه ذلك ما قدمناه وهل عليه هدى أم لا روى ابن المواز عن مالك ان ذكر فى أيام منى حلق ولا شئ عليه وان ذكر بعد منى حلق وأهدى قال ابن القاسم ان تباعد ذلك بعد الافاضة أهدى وليس لذلك حد هذا الجواب يصح أن يكون لتأخير الحلاق على القولين جميعا فى الامر باعادة الافاضة وعلى القول الثانى والله أعلم وقد تقدم ذكره

ص ﴿ مالك انه بلغه ان سالم بن عبد الله كان اذا أراد أن يحرم دعا بالجلمين فقص شاربه وأخذ من

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه لقى رجلا من أهله يقال له المجبر قد أفاض ولم يحلق ولم يقصر جهل ذلك فأمره عبد الله أن يرجع فيحلق أو يقصر ثم يرجع الى البيت فيفيض * وحدثنى عن مالك انه بلغه ان سالم بن عبد الله كان اذا أراد أن يحرم دعا بالجلمين فقص شاربه وأخذ من

لحيته قبل أن يركب وقبل أن يهل محرما ﴾ ش قد روى عن ابن عمر انه كان يوفر شعر رأسه ولحيته اذا أراد الحج من آخر رمضان فيحتمل أن يكون سالم بن عبد الله رأى فى ذلك خلاف رأيه ويحتمل أن يكون سالم انما كان يفعل ذلك فى العمرة وكان عبد الله بن عمر يفعل ذلك فى الحج وحكمهما عندهما مختلف وأما قص الشارب فلم يختلفا فيه وقد روى فى المجموعة عن مالك فى الذى يريد أن يحرم لا بأس أن يقص شاربه ويقلم أظفاره ويتنور عند ما يريد أن يحرم وأما شعر رأسه فأحب الى أن يعفى ويوفر للشعث ✽ قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والفرق عندى بين الشارب واللحية والرأس ان الشارب يلحقه الاذى بطوله ولا يلحق ذلك بطول شعر الرأس واللحية والثانى أن توفير اللحية والرأس تشعيث لهما ولا يتشعث الشارب بأن لا يقصر شعره فلا يفيد توفيره شعثا

(فصل) وقوله انه كان يفعل ذلك قبل أن يركب وقبل أن يهل يدل على أن ذلك عنده من جملة التنظيف وتوابع الغسل للاحرام فيجب أن يعمل بأثر الغسل فاذا أكمل ذلك كله ركب فاذا استوت به راحلته احرم

﴿ التلبيد ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب قال من ضفر فليحلق ولا تشبهوا بالتلبيد ✽ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب قال من عقص رأسه أو ضفر أو لبد فقد وجب عليه الحلاق ﴾ ش قوله من ضفر التضفير أن يضفر شعر رأسه اذا كان ذا جمة ليمنعه ذلك من الشعث والعقص أن يعقص شعره فى قفاه اذا كان ذا جمة لئلا يتشعث والعقد كذلك والتلبيد أن يجعل الصمغ فى الغاسول ثم يلطخ به رأسه عند الاحرام ليمنعه ذلك من الشعث قال ذلك كله ابن حبيب فأمر عمر بن الخطاب من فعل هذه المعانى التى تمنع الشعث أن يحلق ولم يبح له التقصير وذلك على وجهين أحدهما انه بدل ما تمتعوا به من مباعدة الشعث والثانى انه لا يكاد مع التلبيد أن يتوصل الى التقصير من جميع الشعر وقد قال مالك فى الموازية من لبد أو عقص أو ضفر أو ربط شعره قبل أن يحرم من الرجال فلا بد من الحلق (مسئلة) فان لبدت المرأة فقد قال مالك فى الموازية ليس عليها الا التقصير ومعنى ذلك ما قدمناه من أن المرأة ممنوعة من الحلاق وهذا يقتضى أن الحلاق للملبد انما هو بدل ما فاته من الشعث وما منع منه التلبيد ولو كان امتناع التقصير من جميع الشعر لكان حكم المرأة فى ذلك حكم الرجل لانه لا بد لها فى التقصير من جمع شعرها ولا تتوصل الى ذلك عندى الا بعد أن تمتشط ويذهب التلبيد

(فصل) وقول عمر رضى الله عنه ولا تشبهوا بالتلبيد هكذا رواه أكثر الرواة أى لا تشبهوا به فان من تشبه به وجب عليه ما وجب على الملبد من الحلاق قاله ابن حبيب

﴿ الصلاة فى البيت وقصر الصلاة وتعجيل الخطبة بعرفة ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو وأسامة ابن زيد وبلال بن رباح وعثمان بن طلحة الحجبى فأغلقها عليه ومكث فيها ما شاء الله قال عبد الله فسألت بلالا حين خرج ماصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جعل عمودا عن يساره وعمودين عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه وكان البيت يومئذ على ستة أعمدة ثم صلى ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى

لحيته قبل أن يركب وقبل أن يهل محرما

﴿ التلبيد ﴾

✽ حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال من ضفر رأسه فليحلق ولا تشبهوا بالتلبيد ✽ وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب قال من عقص رأسه أو ضفر أو لبد فقد وجب عليه الحلاق

﴿ الصلاة فى البيت وقصر الصلاة وتعجيل الخطبة بعرفة ﴾

✽ حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو وأسامة بن زيد وبلال بن رباح وعثمان ابن طلحة الحجبى فاغلقها عليه ومكث فيها قال عبد الله فسألت بلالا حين خرج ماصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جعل عمودا عن يساره وعمودين عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه وكان البيت يومئذ على ستة أعمدة ثم صلى

الله عليه وسلم دخل هو وأسامة وبلال وعثمان بن طلحة البيت سنة فى دخول البيت واغلاقه عليه دليل على جواز ذلك لمن أبيح له الانفراد فيه للدعاء والذكر والصلاة ولمن حضر نية وانما جاز ذلك فى البيت بخلاف المساجد لانه ممنوع منه فقفل عليه لان مقصوده الطواف به وذلك انما يكون فى خارجه وسائر المساجد المقصود منها الصلاة فيها فليس لاحد أن ينفرد بذلك فيها فى وقت حاجة الناس اليها

(فصل) وقول عبد الله فسألت بلالا حين خرج دليل على حرصه على العلم واقتفائه لآثار النبى صلى الله عليه وسلم وتحفظه على ما شاهد منها وسؤاله عما غاب عنه فقال له بلال جعل عمودا عن يساره وعمودين عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه ثم صلى وذلك دليل على جواز الصلاة فى البيت وبهذا قال جمهور الفقهاء لان لفظ الصلاة اذا أطلق فى الشرع اقتضى الصلاة المعهودة دون الدعاء وان كان اسم الصلاة ينطلق عليه الا أن عرف الشرع جرى فى استعمال هذه اللفظة على الصلاة التى فيها الركوع والسجود فوجب حمل هذه اللفظة على ذلك الا أن يدل دليل على غير ذلك هكذا روى هذا الحديث مالك وغيره من رواية نافع ورواية مجاهد فقال أتى ابن عمر فقيل له هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة قال ابن عمر فأقبلت والنبى صلى الله عليه وسلم قد خرج وأجد بلالا قائما بين الناس فسألته فقلت صلى صلى الله عليه وسلم فى الكعبة قال نعم ركعتين بين الساريتين اللتين على يسارك اذا دخلت ثم خرج فصلى فى وجه القبلة ركعتين ص * مالك عن ابن شهاب عن سالم ابن عبد الله أنه قال كتب عبد الملك بن مروان الى الحجاج بن يوسف أن لا يخالف عبد الله بن عمر فى شئ من أمر الحج قال فلما كان يوم عرفة جاءه عبد الله بن عمر حين زالت الشمس وأنا معه فصاح به عند سرادقه أين هذا فخرج عليه الحجاج وعليه ملحفة معصفرة فقال مالك يا أبا عبد الرحمن فقال الرواح ان كنت تريد السنة فقال أهذه الساعة قال نعم قال فانظرنى حتى أفيض على ماء ثم أخرج فنزل عبد الله ابن عمر حتى خرج الحجاج فسار بينى وبين أبى فقلت له ان كنت تريد أن تصيب السنة اليوم فأقصر الخطبة وعجل الصلاة فجعل الحجاج ينظر الى عبد الله بن عمر كى ما يسمع ذلك منه فلما رأى ذلك عبد الله بن عمر قال صدق سالم * ش قول عبد الملك للحجاج لا تخالف ابن عمر فى أمر الحج اقرار بدينه وعلمه وانه القدوة فى زمانه الذى يجب أن يقتدى به أهل وقته ومضى عبد الله الى الحجاج حين زالت الشمس يوم عرفة مسارعة الى الخير ومعونة عليه وحرصا على اثبات ما عنده من العلم ونشره وانتفاع الناس به وتوجهه اليه حين زالت الشمس هو السنة لما يلزم من تعجيل الصلاة ذلك اليوم وقد ذكر جابر بن عبد الله من حديث النبى صلى الله عليه وسلم فى الحج حتى اذا زاغت الشمس أمر بالقصوى فرحلت له فركب حتى أتى بطن الوادى فخطب الناس وذكر الحديث فالسنة تعجيل الصلاة فى ذلك اليوم ليتعجل الوقوف وقد قال ابن حبيب يبدأ بالخطبة اذا زالت الشمس أو قبل الزوال بيسير قدر ما يفرغ من الخطبة وقد زالت الشمس قال الشيخ أبو محمد وفى قول ابن حبيب هذا نظر وقد قال أشهب فى كتابه اذا خطب قبل الزوال لم يجزه وليعد الخطبة الا أن يكون قد صلى الظهر يريد بعد الزوال فتجزئه وهذا التأويل من الشيخ أبى محمد فيه نظر لانه قد عاد فيه الى ما أنكره على ابن حبيب وقوله الا أن يكون قد صلى الظهر انما يريد أشهب أنه لا يعيد الخطبة بعد الصلاة لانه قد فات وقتها وهى نافلة وأما الصلاة فقد علم أنها لا تجزئ قبل الزوال فلا معنى لاشتراط ذلك فيها والذى يتحقق من الخلاف بين ابن حبيب وأشهب ان ابن حبيب يرى أن يؤتى بالخطبة قبل الزوال وأشهب

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن سالم ابن عبد الله انه قال كتب عبد الملك بن مروان الى الحجاج بن يوسف أن لا تخالف عبد الله بن عمر فى شئ من أمر الحج قال فلما كان يوم عرفة جاءه عبد الله بن عمر حين زالت الشمس وأنا معه فصاح به عند سرادقه أين هذا فخرج عليه الحجاج وعليه ملحفة معصفرة فقال مالك يا أبا عبد الرحمن فقال الرواح ان كنت تريد السنة فقال أهذه الساعة قال نعم قال فانظرنى حتى أفيض على ماء ثم أخرج فنزل عبد الله حتى خرج الحجاج فسار بينى وبين أبى فقلت له ان كنت تريد أن تصيب السنة اليوم فاقصر الخطبة وعجل الصلاة فجعل الحجاج ينظر الى عبد الله ابن عمر كيما يسمع ذلك منه فلما سمع ذلك عبد الله قال صدق سالم

يمنع من ذلك ويرى اعادتها لمن فعل ذلك الا أن يفوت بفعل الصلاة والصلاة لاتكون الا بعد الزوال على كل حال وانما جاز ذلك لان الخطبة ليست للصلاة وانما هى تعليم للحاج ولذلك لم يغير حكم الصلاة فى الجهر ولم يتقدم الاذان عليها فلم يكن من شرطها أن يكون وقتها وقت الصلاة وانما من حكمها ذلك لما شرع من اتصالها بالصلاة والله أعلم

(فصل) ولعل عبد الله بن عمر انما صاح عند سرادقه ليكون أسرع لخروجه من ادخال الاذن عليه وهذا كله لما أراد من الاسراع وتعجيل الوقوف وخروج الحجاج وعليه ملحفة معصفرة يحتمل أن تكون غير مفدمة وان كان المصبوغ كله مكروها للائمة لكن ليس الحجاج ممن يقتدى به فى ذلك فيغتر بذلك من رآه يلبس المصبوغ

(فصل) وقوله الرواح ان كنت تريد السنة يقتضى انه بعد الزوال الا أنه أعلمه ان السنة التعجيل وقول الحجاج أهذه الساعة دليل على انه كان يعتقد تأخير الصلاة والوقوف عن ذلك الوقت حتى أعلمه عبد الله بن عمر أن السنة التعجيل فى ذلك الوقت فلما قال له الحجاج انظرنى حتى أفيض على ماء وكان الغسل فى ذلك اليوم مشروعا لاسيما لمن يؤم بالناس انتظره رفقا به وعونا على الطاعة

(فصل) وقول سالم وسار بينى وبين أبى يحتمل أن يكونوا على رواحلهم لان السنة الركوب فى ذلك الموطن لمن كانت له راحلة وحج راكبا كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم وقد تقدم ذكره من حديث جابر وقول سالم له ان كنت تريد السنة اليوم الظاهر انها سنة النبى صلى الله عليه وسلم وبتصديق عبد الله بن عمر له يدخل فى المسند

(فصل) وقوله فاقصر الخطبة وعجل الوقوف أصحابنا العراقيون يطلقون انه لايخطب الامام يوم عرفة ومعنى ذلك انه ليس لما يأتى به من الخطبة تعلق بالصلاة كخطبة الجمعة ولا يغير حكم الصلاة فينقلها الى القصر والجهر وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعى يخطب الامام يوم عرفة وكذلك يقول جميع أصحابنا المغاربة والمدنيون يقولون يخطب الامام الا انهم لايجعلون للخطبة حكم الخطبة للصلاة فيما نذكره وانما يجعلون لها حكم التعليم ولايبعد أن يكون ابن حبيب انما قال يخطب بعرفة قبل الزوال لانها ليست للصلاة ولو كانت للصلاة لوجب أن يشتركا فى الوقت وقد قال مالك كل صلاة يخطب لها فانه يجهر فيها بالقراءة فقيل له فعرفة يخطب فيها ولا يجهر لها بالقراءة فقال انما تلك للتعليم ومما يبين أنها ليست للصلاة ان المؤذن لايؤذن الا بعد الخطبة ولو كانت الخطبة للصلاة لوجب أن يؤذن فى أول الخطبة كالجمعة (مسئلة) ومن حكم هذه السنة أن يخطب خطبتين يجلس بينهما قال ابن المواز وخطب الحج ثلاث * أولهن قبل يوم التروية بيوم بعد صلاة الظهر فى المسجد الحرام وقيل قبل الزوال والأول قولنا وهى لايجلس فى وسطها يعلم الناس مناسكهم وخروجهم الى منى وصلاتهم بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح يوم عرفة وغدوهم منها وغير ذلك * والخطبة الثانية بعرفة يجلس بينها وهى تعليم الناس مابقى من مناسكهم من صلاتهم بعرفة ووقوفهم بها ودفعهم ومبيتهم بمزدلفة وصلاتهم بها ووقوفهم بالمشعر الحرام والدفع منه ورمى جمرة العقبة والحلق والنحر والافاضة * والخطبة الثالثة بعد يوم النحر بيوم وهو أول أيام الرمى وهى خطبة واحدة لا يجلس فيها وهى بعد الظهر يعلم الناس الرمى وأوقاته وكيف هو ويوم نفرهم وما لهم من التعجيل فى يومين وتعجيل الافاضة والسعة فى تأخيرها والبيتوتة بمنى ليالى منى ولا يجهر بالقراءة فى صلاته فى شئ من هذه الخطب قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون وتفتتح هذه الخطب الثلاث بالتكبير كالأعياد ويكبر فى خلال

كل خطبة ويجلس فى وسطها بين كل خطبتين (مسئلة) ومتى يؤذن للظهر قال ابن حبيب يؤذن للظهر اذا جلس الامام بين الخطبتين وفى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك يؤذن يوم عرفة والامام يخطب وفى المدونة اذا فرغ الامام من خطبته قعد على المنبر وأذن المؤذن فاذا فرغ من أذانه قام فنزل الامام فصلى بالناس (فرع) ويؤذن لصلاة الظهر ويقام لها وأما صلاة العصر فقال أبو القاسم فى المدونة يؤذن لها ويقام لها وقال ابن الماجشون لا يؤذن للعصر ويقام لها وجه قول ابن القاسم انهما صلاتا فرض يجمع بينهما فكان لكل واحدة منهما أذان واقامة كالصلاتين يجمعان فى السفر أو المطر

﴿ الصلاة بمنى يوم التروية والجمعة بمنى وعرفة ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يصلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح بمنى ثم يغدو اذا طلعت الشمس الى عرفة ﴾ ش قوله انه كان يصلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح بمنى يريد أنه كان يخرج من مكة يوم التروية وهو يوم منى وهو الثامن من العشر قال ابن حبيب اذا مالت الشمس من يوم التروية فطف بالبيت سبعا واركع واخرج الى منى فان خرجت قبل ذلك فلا حرج وروى ابن المواز عن مالك يخرج من مكة يوم التروية قدر ما يصلون بها الظهر فاذا وصل الى منى صلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء ثم يبيت بها الى أن يصبح فيصلى الصبح وكذلك فعل النبى صلى الله عليه وسلم وأفعاله فى القرب على الوجوب أو الندب فاذا دل دليل على انتفاء الوجوب فهى على الندب (مسئلة) وكره مالك المقام بمكة يوم التروية حتى يمسى الا أن يدركه وقت الجمعة بمكة يوم التروية من مكى أو غيره قال فى باب آخر فمن أقام بها أربعة أيام فعليهم أن يصلوا الجمعة قبل أن يخرجوا قال ابن القاسم معناه انه ممن يلزمه اتمام الصلاة قال أصبغ فأما المسافر فان شاء خرج وان شاء صلى الجمعة وأحرى أن يصلى لفضيلة المسجد الحرام قال محمد وأحب الى خروجه الى منى ليدرك بها الظهر والعصر وانما تكلم مالك عمن لم يفعل حتى أخذه الوقت

(فصل) وقوله ثم يغدو اذا طلعت الشمس الى عرفة هو السنة وقد روى ابن المواز عن مالك يغدو الامام والناس اذا طلعت الشمس الى عرفة الا من كان ضعيفا أو بدابته علة فلا بأس أن يغدو قبل طلوع الشمس وذلك كله لما قدمناه من الاقتداء بفعل النبى صلى الله عليه وسلم قال ابن حبيب ومن غدا من منى الى عرفة قبل طلوع الشمس فلا يجاوز بطن محسر حتى تطلع الشمس على ثبير ومعنى ذلك ان ما قبل بطن محسر فى حكم منى فلا يكون غاديا الى عرفة الا بخروجه من منى الى بطن محسر بعد طلوع الشمس ص ﴿ قال مالك والأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان الامام لا يجهر بالقرآن فى الظهر يوم عرفة وأنه يخطب الناس يوم عرفة وان الصلاة يوم عرفة انما هى ظهر وان وافقت الجمعة فانما هى ظهر ولكنها قصرت من أجل السفر * قال مالك فى امام الحاج اذا وافق يوم الجمعة يوم عرفة أو يوم النحر أو بعض أيام التشريق انه لا يجمع فى شئ من تلك الأيام ﴾ ش قوله ان الامام لا يجهر بالقرآن فى الظهر من يوم عرفة لانها ظهر وذلك ان الخطبة لا تأثير لها فيها لما قدمناه واذا وافق فانها ظهر أيضا وانما تقصر للسفر وليست بصلاة جمعة لان عرفة ليست بموضع تجميع لان التجميع لا يكون الا بموضع استيطان واقامة وعرفة ليست بدار قرار ولا بدار استيطان ولا اقامة فلا تجمع فيها وأيضا فانه ليس فيها قرية وهى شرط فى صحة الجمعة

﴿ الصلاة بمنى يوم التروية والجمعة بمنى وعرفة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يصلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح بمنى ثم يغدو اذا طلعت الشمس الى عرفة قال مالك والأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان الامام لا يجهر بالقرآن فى الظهر يوم عرفة وانه يخطب الناس يوم عرفة وأن الصلاة يوم عرفة انما هى ظهر وان وافقت الجمعة فانما هى ظهر ولكنها قصرت من أجل السفر قال مالك فى امام الحاج اذا وافق يوم الجمعة يوم عرفة أو يوم النحر أو بعض أيام التشريق انه لا يجمع فى شئ من تلك الأيام

(فصل) واذا وافق يوم الجمعة يوم عرفة أو يوم النحر أو بعض أيام التشريق لم يجمع فى شئ من ذلك أما فى عرفة فلما قدمناه وأما منى فانها وان كانت قرية مبنية فليست بدار استيطان ولا اقامة ولا لها أهل يستوطنونها وانما يسكنها الناس أيام منى خاصة وما كان بهذه المثابة فلا يجوز أن يجمع فيها ولو سكنت واستوطنت لكان حكمها حكم سائر البلاد فى التجميع والله أعلم

﴿ صلاة المزدلفة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعا ﴾ ش قوله انه صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعا يحتمل من جهة اللفظ انه صلى كل واحدة منهما بالمزدلفة وان كان صلى كل واحدة منهما منفردة و يحتمل أن يكون جمع بينهما وهو الاظهر لأنه يقتضى الأمرين جميعا الجمع بينهما بالمزدلفة والجمع بينهما على سنة الجمع ص ﴿ مالك عن موسى بن عقبة عن كريب مولى ابن عباس عن أسامة ابن زيد أنه سمعه يقول دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة حتى اذا كان بالشعب نزل فبال فتوضأ فلم يسبغ الوضوء فقلت له الصلاة يارسول الله فقال الصلاة أمامك فركب فلما جاء المزدلفة نزل فتوضأ فأسبغ الوضوء ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل انسان بعيره فى منزله ثم أقيمت العشاء فصلاها ولم يصل بينهما شيئا ﴾ ش قوله دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة قد تقدم أن دفعه كان بعد غروب الشمس وقد قال ابن حبيب واذا دفع الامام من عرفة فارفع يديك الى الله سبحانه وتعالى وادفع وعليك السكينة والوقار وان كنت راجلا فامش الهوينا ولا تنسل وان كنت راكبا فاعنق ولا تهرول ولا بأس اذا وجدت فجوة أن تحرك شيئا والاصل فى ذلك حديث أسامة ابن زيد المتقدم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسير العنق فاذا وجد فجوة نص (مسئلة) ويستحب أن يأخذ فى طريقه من عرفة الى المزدلفة بين المأزمين رواه ابن المواز وابن حبيب عن مالك قال فان أخذ من غير ذلك الطريق فلا شئ عليه لأنه ليس فيه اخلال النسك

(فصل) وقوله حتى اذا كان بالشعب نزل فبال ليس النزول بالشعب بسنة ولا مشروع لأنه ليس من جنس العبادات قال ابن حبيب لم ينزل النبى صلى الله عليه وسلم بين عرفات وجمع الا ليهريق الماء وقال عكرمة الشعب التى كانت الامراء تنزله اتخذه رسول الله صلى الله عليه وسلم مبالا واتخذتموه مصلى

(فصل) وقوله فتوضأ ولم يسبغ الوضوء يريد بقوله توضأ الاستنجاء من البول ويريد بقوله لم يسبغ الوضوء لم يتوضأ وضوء الحدث ولذلك قال أسامة الصلاة يارسول الله تذكرة لما رأى من تركه الاستعداد لها بالوضوء و يحتمل أن يريد بقوله فتوضأ وضوء الحدث وأراد بقوله ولم يسبغ الوضوء لم يبالغ فيه مبالغته اذا أراد الصلاة به وقد روى هذا المعنى فى الحديث فيكون وضوء ذلك وضوأ آخر ليكون على طهارة والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الصلاة أمامك يقتضى أن ذلك ليس بوقت الصلاة أو أن ذلك ليس بموضع للصلاة أو أن الامرين جميعا قد اتفقا هنالك وذلك أن من وقف بعرفة لا يخلو أن يقف بها مع الامام أو بأثر دفع الامام فمن وقف مع الامام ودفع بدفعه فقد قال مالك لا يصلى حتى يأتى المزدلفة فيجمع بينهما واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الصلاة امامك

﴿ صلاة المزدلفة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سالم ابن عبد الله عن عبد الله ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعا * وحدثنى عن مالك عن موسى بن عقبة عن كريب مولى ابن عباس عن اسامة بن زيد انه سمعه يقول دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة حتى اذا كان بالشعب نزل فبال فتوضأ فلم يسبغ الوضوء فقلت له الصلاة يارسول الله فقال الصلاة أمامك فركب فلما جاء المزدلفة نزل فتوضأ فأسبغ الوضوء ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل انسان بعيره فى منزله ثم أقيمت العشاء فصلاها ولم يصل بينهما شيأ

(فصل) فمن صلى قبل أن يأتي المزدلفة دون عذر فقد قال ابن حبيب يعيد متى علم بمنزلة من صلى قبل الزوال لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة امامك وبه قال أبو حنيفة وقال أشهب بئس ما صنع ولا اعادة عليه إلا أن يصليهما قبل مغيب الشفق فيعيد العشاء وحدها أبدا وبه قال الشافعي وهو الذي نصره القاضي أبو الحسن واحتج له بأن هاتين صلاتان سن الجمع بينهما فلم يكن ذلك شرطا في صحتهما وانما كان على معنى الاستحباب كالجمع بين الظهر والعصر بعرفة (مسئلة) ومن أسرع فأتى المزدلفة قبل مغيب الشفق فقد قال ابن حبيب لا صلاة لمن عجل الى المزدلفة قبل مغيب الشفق لا لامام ولا غيره حتى يغيب الشفق ووجه ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الصلاة امامك ثم صلاها بالمزدلفة بعد مغيب الشفق ومن جهة المعنى أن وقت هذه الصلاة بعد مغيب الشفق فلا يجوز أن يؤتى بها قبله ولو كان لها وقت قبل مغيب الشفق لما أخرت عنه وقد روى عن عبد الله بن مسعود (مسئلة) وأما من أتى عرفة بعد دفع الامام وكان له عذر ممن وقف مع الامام فقد قال ابن المواز من وقف بعد الامام فليصل كل صلاة لوقتها وقال مالك فمن كان له عذر يمنعه أن يكون مع الامام أنه يصلي اذا غاب الشفق الصلاتين يجمع بينهما وهذا يقتضي مراعاته للوقت دون المكان وقال ابن القاسم فمن وقف بعرفة بعد الامام ان رجا أن يأتي المزدلفة ثلث الليل فليؤخر الصلاتين حتى يأتي المزدلفة والاصل كل صلاة لوقتها فجعل ابن المواز تأخير الصلاة الى المزدلفة لمن وقف مع الامام دون غيره واعتبر مالك بالوقت دون المكان واعتبر ابن القاسم بالوقت المختار للصلاة والمكان فان خاف فوات الوقت المختار بطل اعتبار المكان وكان مراعاة وقتها المختار أولى

(فصل) وقوله فلما جاء المزدلفة توضأ فأسبغ الوضوء ان كان وضوؤه الاول هو الاستنجاء فانه يريد بالوضوء ههنا وضوء الحدث وان كان وضوؤه بالشعب وضوء الحدث غير أنه اقتصر فيه على أقل الواجب فان اسباغه ههنا الاتيان به على أتم أحواله

(فصل) وقوله ثم أقيمت الصلاة فصلى يريد انه بدأ بالصلاة ولم يؤخرها لأن حلولها انما هو مغيب الشفق ومغيب الشفق مع الوصول الى المزدلفة وقد وجد الامران فيجب تقديمهما وقد سئل مالك فمن أتى المزدلفة أيبدأ بالصلاة أم يؤخر حتى يحط عن راحلته فقال أما الرحل الخفيف فلا بأس أن يبدأ به قبل الصلاة وأما المحامل والزوامل فلا أرى ذلك وليبدأ بالصلاتين ثم يحط راحلته وقال أشهب في كتابه لو حط رحله وحطه له بعد أن يصلي المغرب أحب الى ما لم يضطر الى ذلك لما بدابته من الثقل أو لغير ذلك من العذر ووجه ذلك أن تقديم الصلاة مشروع ولان ذلك فعل النبي صلى الله عليه وسلم غير أن العمل اليسير ليس بفاصل بين الوصول والصلاة لاسيما اذا كان لعذر وقد توضأ النبي صلى الله عليه وسلم بالمزدلفة

(فصل) وقوله فصلى المغرب ثم أناخ كل انسان بعيره ثم أقيمت العشاء فصلاها يريد والله أعلم تعجيل صلاة المغرب عند الوصول أو قبل أن يعيد كل انسان مكان نزوله فلما صلى المغرب اتسع الوقت للعشاء فذهب كل انسان الى تعيين مكان نزوله واناخته بعيره به وتعشى النبي صلى الله عليه وسلم بعد ذلك على رواية ابن مسعود ليتمم كل انسان ما يحتاج اليه من اناخته بعيره والتخفيف عن راحلته قال أشهب يحط عن راحلته بعد المغرب ان شاء وان لم يكن بها ثقل فان ذلك قريب لا تفاوت فيه بين الصلاتين وليس ذلك بعمل مشروع بين الصلاتين فيعتبر وانما هو مباح موسع فيه

(فصل) وقوله ثم أقيمت العشاء فصلاها ولم يصل بينهما يريد أنه لم يتنفل بينهما وقد روى عن عبد الله

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن عدي بن ثابت الانصاري ان عبد الله بن يزيد الخطمي أخبره ان أبا أيوب الانصاري أخبره انه صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعا * وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يصلي المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعا

﴿ صلاة منى ﴾

* قال مالك في أهل مكة انهم يصلون بمنى اذا حجوا ركعتين ركعتين حتى ينصرفوا الى مكة * وحدثني يحيي عن مالك عن هشام ابن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الصلاة بمنى ركعتين وأن أبا بكر صلاها بمنى ركعتين وان عمر بن الخطاب صلاها بمنى ركعتين وان عثمن صلاها بمنى ركعتين شطر امارته ثم أتمها بعد * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب ان عمر ابن الخطاب لما قدم صلى بهم ركعتين ثم انصرف فقال يا أهل مكة أتموا صلاتكم فانا قوم سفر ثم صلى عمر بن الخطاب ركعتين بمنى

ابن مسعود أنه صلى بعد المغرب ركعتين ثم تعشى ثم صلى العشاء وقد قال أشهب لا يتعشى قبل أن يصلي المغرب وان خفف وليصل المغرب ثم يتعشى قبل أن يصلي العشاء ان كان عشاؤه خفيفا وان كان فيه طول فليؤخره حتى يصلي العشاء أحب الي ويحتمل هذا أن يكون الجمع هنالك ليس بمقصود في نفسه وانما المقصود تأخير المغرب الى بعد مغيب الشفق ويحتمل أن يكون هذا العمل اليسير ليس بفاصل ولا مانع من حكم الجمع على ما قال أشهب وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع المغرب والعشاء بجمع كل واحدة منهما نافلة ولم يسبح بينهما ولا على أثر واحدة منهما وهذا يحتمل أن يقصد الوقت والله أعلم ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن عدي بن ثابت الانصاري ان عبد الله بن يزيد الخطمي أخبره ان أبا أيوب الأنصاري أخبره انه صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعا * وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يصلي المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعا * ش هذا اللفظ يحتمل معنيين أحدهما انه صلى الصلاتين بالمزدلفة والثاني انه صلاهما بالمزدلفة على حكم الجمع بينهما وحمل اللفظ على الوجهين أولى لاحتماله لهما ولا تنافي بينهما الا أن يدل دليل على غير ذلك فينتهي الى ما دل عليه والله أعلم

﴿ صلاة منى ﴾

ص * قال مالك في أهل مكة انهم يصلون بمنى اذا حجوا ركعتين ركعتين حتى ينصرفوا الى مكة * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الصلاة بمنى ركعتين وان أبا بكر صلاها بمنى ركعتين وأن عمر بن الخطاب صلاها بمنى ركعتين وان عثمان بن عفان صلاها بمنى ركعتين شطر امارته ثم أتمها بعد * ش قوله في أهل مكة انهم يصلون اذا حجوا ركعتين يريد انهم اذا حجوا اقتضى ذلك بلوغا الى عرفة ورجوعا الى مكة ولو كان منتهى سفرهم عرفة لما قصروا الصلاة واحتسب في هذا السفر بالذهاب والمجيء لان من خرج من مكة الى عرفة محرما بالحج فلا بد له من الرجوع الى مكة بحكم الاحرام الذي دخل فيه لانه لا يصح أن يتم عمله الذي دخل فيه الا بالرجوع الى مكة وأما سائر الاسفار فان نوى فيه المسير والمجيء فانه لا يلزمه الرجوع وله أن يقيم في منتهى سفره أو يمضي منه الى موضع سواه فأخبر مالك ان الواجب على أهل مكة اذا خرجوا للحج أن يصلوا ركعتين حتى ينصرفوا الى مكة وذلك يقتضي أن يصلوا بها ركعتين في البدأة والعودة ويصلون كذلك بعرفة والمزدلفة وغيرهما والله أعلم

(فصل) وقوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى بمنى ركعتين مما احتج به على صحة قوله من أن حكم المصلي بمنى التقصير وكذلك فعل أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وعثمان بعض خلافته ثم أتم وقد اختلف الناس في معنى اتمامه فقيل انه كان اتخذ أهلا بمكة فرأى انه لا يقصر مكي لانه اعتبر في سفره من مكة بالخروج الى عرفة دون العودة الى مكة وهذا لم يثبت وهو من المهاجرين ولا يجوز للمهاجرين استيطان مكة وقيل انه رأى الاتمام أفضل وهو رأى جماعة من الفقهاء أن الاتمام فضيلة والتقصير رخصة وأن النبي صلى الله عليه وسلم انما قصر تخفيفا على الناس وليتيسر جواز التقصير والذي ذهب اليه مالك أن التقصير أولى وقد روي عن عبد الله بن مسعود أنه قال صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى ركعتين ومع أبي بكر وعمر ركعتين فليت حظي من أربع ركعات ركعتان متقبلتان ص * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب لما قدم مكة صلى بهم ركعتين ثم انصرف فقال يا أهل مكة أتموا صلاتكم فانا قوم سفر ثم صلى عمر بن الخطاب ركعتين بمنى

ولم يبلغنا أنه قال لهم شيئا * مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه صلى للناس بمكة ركعتين فلما انصرف قال يا أهل مكة أتموا صلاتكم فانا قوم سفر ثم صلى عمر بن الخطاب ركعتين بمنى ولم يبلغنا أنه قال لهم شيأ * ش قوله أن عمر بن الخطاب حين قدم مكة صلى بهم ركعتين يريد أنه أدام أيام امامته فصلى لهم وكذلك يفعل الامام اذا ورد بلدا من عمله أقام بهم الصلاة فان كان بنية المقام أتم الصلاة وان كان بنية السفر قصرها وظاهر مساق الكلام يقتضي أنه ورد حاجا وان كان قصر الصلاة فان ذلك يقتضي أنه ورد مكة بالغد من يوم التروية وهو يوم يخرج فيه الى منى مدة تتم لها الصلاة

(فصل) وقوله ثم صلى بمنى ركعتين ولم يبلغنا أنه قال لهم شيأ الضمير راجع الى أهل مكة في قوله ولم يبلغنا أنه قال لهم شيأ لأنهم هم الذين جرى ذكرهم وأما أهل منى فلم يجر لهم ذكر ولا لها أهل لأنها ليست بدار استيطان واقامة وان نسب اليها أحد فانما ينسب من يقيم حواليها من الاعراب المنتقلين وانما لم يأمرهم بالاتمام لما كان حكمهم التقصير الذي هو حكمه وأمرهم بمكة بالاتمام لما كان حكمه الاتمام الذي يخالف حكمه في القصر فنبأهم على ترك اتباعه في القصر ص * وسئل مالك عن أهل مكة كيف صلاتهم بعرفة أركعتان أم أربع وكيف بأمير الحاج ان كان من أهل مكة أيصلي الظهر والعصر بعرفة أربع ركعات أو ركعتين وكيف صلاة أهل مكة بمنى في اقامتهم فقال مالك يصلي أهل مكة بعرفة ومنى ما أقاموا بهما ركعتين ركعتين يقصرون الصلاة حتى يرجعوا الى مكة * قال مالك وأمير الحاج أيضا ان كان من أهل مكة قصر الصلاة بعرفة وأيام منى قال مالك وان كان أحد ساكنا بمنى مقيما بها فان ذلك يتم الصلاة بمنى وان كان أحد ساكنا بعرفة مقيما بها فان ذلك يتم الصلاة بها أيضا * ش قد تقدم من قول مالك أن أهل مكة يقصرون الصلاة بمنى وعرفة وقد بينا وجه ذلك ومخالفته هذا السفر لغيره من الاسفار وحكم الامير في ذلك حكم غيره لأنه يلزمه من التمادي والرجوع ما يلزم غيره

(فصل) وقوله وان كان أحد ساكنا بمنى مقيما بها يقتضي أن ذلك قليل غير معلوم عنده لأنها ليست دار استيطان على ما قدمناه ذكره إلا أنه ان اتفق ذلك فان المقيم بها يتم الصلاة لأن من حكم كل مسافر يصلي في بلده فانه يتم الصلاة فيه وان كان عليه التمادي الى غيره ولذلك أتم أهل منى بمنى وأهل عرفة بعرفة

* صلاة المقيم بمكة ومنى *

ص * قال مالك من قدم مكة لهلال ذي الحجة فأهل بالحج فانه يتم الصلاة حتى يخرج من مكة الى منى فيقصر وذلك انه قد أجمع على مقام أكثر من أربع ليال * ش وهذا على ما قال من قدم مكة لهلال ذي الحجة فانه يقيم بمكة سبعة أيام لأن الخروج الى منى انما هو في اليوم الثامن وهذه مدة تتم الصلاة من نوى اقامتها في موضع وكذلك لو ورد بينه وبين يوم التروية أربعة أيام كان حكمه اتمام الصلاة حتى يخرج الى منى فيقصر ولا يلزم على هذا الحاج بمنى يوم النحر فانه ان لم يتعجل فانه لا يستكمل بها أربعة أيام فلذلك لم يفصل بين أول سفره وآخره فلم يزل المقيم بها أيام منى يتم صلاته

* تكبير أيام التشريق *

ص * مالك عن يحيى بن سعيد انه بلغه أن عمر بن الخطاب خرج الغد من يوم النحر حين ارتفع

انصرف قال يا أهل مكة أتموا صلاتكم فانا قوم سفر ثم صلى عمر ركعتين بمنى ولم يبلغنا أنه قال لهم شيأ * وسئل مالك عن أهل مكة كيف صلاتهم بعرفة أركعتان أم أربع وكيف بأمير الحاج ان كان من أهل مكة أيصلي الظهر والعصر بعرفة أربع ركعات أو ركعتين وكيف صلاة أهل مكة بمنى في اقامتهم فقال مالك يصلي أهل مكة بعرفة ومنى ما أقاموا بهما ركعتين ركعتين يقصرون الصلاة حتى يرجعوا الى مكة * قال مالك وأمير الحاج أيضا اذا كان من أهل مكة قصر الصلاة بعرفة وأيام منى * قال مالك وان كان أحد ساكنا بمنى مقيما بها فان ذلك يتم الصلاة بمنى وان كان أحد ساكنا بعرفة مقيما بها فان ذلك يتم الصلاة بها أيضا

* صلاة المقيم بمكة ومنى *

* حدثني يحيى عن مالك انه قال من قدم مكة لهلال ذي الحجة فاهل بالحج فانه يتم الصلاة حتى يخرج من مكة لمنى فيقصر وذلك انه قد اجمع على مقام أكثر من أربع ليال

* تكبير أيام التشريق *

* حدثني يحيى عن مالك

النهار شيأ فكبر فكبر الناس بتكبيره ثم خرج الثانية من يومه ذلك بعد ارتفاع النهار فكبر فكبر الناس بتكبيره ثم خرج الثالثة حين زاغت الشمس فكبر فكبر الناس بتكبيره حتى يتصل التكبير ويبلغ البيت فيعلم ان عمر قد خرج يرمى * ش خروج عمر بن الخطاب فى الاوقات المذكورة للتكبير على معنى تذكير الناس وتنبيههم على ذكر الله تعالى لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال انها أيام أكل وشرب وذكر لله تعالى وخاف أن يغلب على الناس فى أكثر أوقاته التشاغل والغفلة عن ذكر الله تعالى فكان يخرج ويعلن بالتكبير مذكرا للناس بذلك وقد قال مالك ان عمر كان اذا كبر بمنى بعد الزوال حسر الناس الامتعة لرمى الجمار فيحتمل أن يكون عمر يقصد بذلك ليتأهب الناس لرمى الجمار اذ كان رميها قبل الصلاة وقبل الأذان لها ولعله كان يزيد فى الاعلان به عند الزوال حتى يتصل التكبير الى مكة فيعلم الناس ان عمر قد خرج لرمى الجمار فيتذكرون حينئذ ذكر الله تعالى ويغتنمون الدعاء حين دعا الناس بمنى رجاء ان تنالهم بركته

(فصل) وماروى عن عمر فى ذلك أول يوم من أيام التشريق قال ابن حبيب ينبغى لاهل منى وغيرهم أن يكبروا أول النهار ثم اذا ارتفع ثم اذا زالت الشمس ثم بالعشى وكذلك فعل عمر وأما أهل الآفاق وغيرهم ففى خروجهم الى المصلى وفى دبر الصلوات ويكبرون فى خلال ذلك ولا يجهرون والحجاج يجهرون به فى كل الساعات الى الزوال من اليوم الرابع فيرمون ثم ينصرفون بالتهليل والتكبير حتى يصلوا الظهر بالمحصب ثم ينقطع التكبير ص * قال مالك الامر عندنا ان التكبير فى أيام التشريق دبر الصلوات وأول ذلك تكبير الامام والناس معه دبر صلاة الظهر من يوم النحر وآخر ذلك تكبير الامام والناس معه دبر صلاة الصبح من آخر أيام التشريق ثم يقطع التكبير * قال مالك والتكبير فى أيام التشريق على الرجال والنساء من كان فى جماعة أو وحده بمنى أو بالآفاق كلها واجب وانما يأتم الناس فى ذلك بامام الحاج وبالناس بمنى لانهم اذا رجعوا وانقضى الاحرام ائتموا بهم حتى يكونوا مثلهم فى الحل فاما من لم يكن حاجا فانه لا يأتم بهم الا فى تكبير أيام التشريق * ش قوله التكبير فى أيام التشريق يريد متصلا بالسلام فان سجد لسهوه بعد السلام فلا يكبر الا بعد السلام من سجود السهو ومن فاته بعض الصلاة فانه يكبر بعد السلام وتمام القضاء قاله أشهب ووجه ذلك انه شرع بعد تمام التحلل من الصلاة وماتقدم ذكره ببعض الصلاة أو ما هو من تمام الصلاة وجبرانها فلا يكون التكبير الا بعد السلام منها

(فصل) وقوله دبر الصلوات يريد الصلوات الخمس رواه على بن زياد عن مالك فى المدونة دون النوافل خلافا لبعض التابعين لان فى تخصيص هذه الصلوات بذلك تعظيما لها ولانه ذكر واجب فوجب أن يختص من الصلوات بالواجب منها

(فصل) وقوله وأول ذلك تكبير الامام فى عقب صلاة الظهر من يوم النحر وآخره تكبيره عقب صلاة الصبح من آخر أيام التشريق ومعنى ذلك ان هذه مدة صلاة الناس بمنى لان صلاة الفجر يوم النحر انما تصلى بالمزدلفة وصلاة الظهر فى آخر أيام التشريق لا تصلى بمنى وانما يرمى الجمار الحاج ثم ينفر فيصلى الظهر بالمحصب أو حيث أدركته الصلاة من طريقه وقال الشافعى يكبر فى صلاة الظهر من آخر أيام التشريق ووجه قول مالك ما قدمناه قال الشيخ أبو القاسم وذلك فى خمس عشرة صلاة أولها صلاة الظهر من يوم النحر وآخرها صلاة الصبح من آخر أيام التشريق وفى كتاب ابن سحنون فيمن قضى صلاة من أيام التشريق بعدها فلا تكبير عليه ومعنى ذلك ان لهذا التكبير

النهار شيأ فكبر فكبر الناس بتكبيره ثم خرج الثانية من يومه ذلك بعد ارتفاع النهار فكبر فكبر الناس بتكبيره ثم خرج الثالثة حين زاغت الشمس فكبر فكبر الناس بتكبيره حتى يتصل التكبير ويبلغ البيت فيعلم ان عمر قد خرج يرمى قال مالك الامر عندنا أن التكبير فى أيام التشريق دبر الصلوات وأول ذلك تكبير الامام والناس معه دبر صلاة الظهر من يوم النحر وآخر ذلك تكبير الامام والناس معه دبر صلاة الصبح فى آخر أيام التشريق ثم يقطع التكبير * قال مالك والتكبير فى أيام التشريق على الرجال والنساء من كان فى جماعة أو وحده بمنى أو بالآفاق كلها واجب وانما يأتم الناس فى ذلك بامام الحاج وبالناس بمنى لانهم اذا رجعوا وانقضى الاحرام ائتموا بهم حتى يكونوا مثلهم فى الحل فأما من لم يكن حاجا فانه لا يأتم بهم الا فى تكبير أيام التشريق قال مالك الايام المعدودات أيام التشريق

اختصاصا بهذه الأيام لقوله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات (مسئلة) فمن نسي التكبير بأثر الصلاة كبر ان كان قريبا وان تباعد فلا شيء عليه وجه القول الاول ان المراعى في ذلك القرب لانه مضاف الى الصلاة وفي المدونة من قول مالك ان نسي الامام التكبير فان كان قريبا قعد فكبر وان تباعد فلا شيء عليه وان ذهب ولم يكبر والقوم جلوس فليكبروا ووجه القول الثاني مراعاة الحال التي يتحلل عليها من الصلاة فاذا فارقها فلا شيء عليه

(فصل) قال في المدونة ويكبر الناس والمسافرون ومن صلى وحده وأهل البوادي والعبيد وغيرهم من المسلمين وقال في المختصر ولا يكبر النساء دبر الصلوات وجه القول الأول ان المرأة ممن يلزمها حكم الاحرام كالرجل ووجه القول الثاني انه معنى من حكمه الاعلان فلم يثبت في حق المرأة ابتداء كالأذان (مسئلة) وصفة التكبير قال في المجموعة علي بن زياد عن مالك التكبير دبر الصلوات الله أكبر الله أكبر الله أكبر وفي المختصر عن مالك الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد قال الشيخ أبو القاسم وذلك ست كلمات وان اقتصر على ثلاث تكبيرات متواليات أجزأه والأول أفضل وروى علي بن زياد عن مالك في المجموعة ونحن نستحسن في التكبير ثلاثا فمن زاد أو نقص فلا حرج وروى ابن القاسم وأشهب انه لم يحد فيه ثلاثا والله أعلم ص ﴿ قال مالك الأيام المعدودات أيام التشريق ﴾ ش الايام المعدودات هي أيام الرمي وهي ثلاثة أيام متصلة تلي يوم النحر وهي أيام التشريق قيل سميت التشريق لان لحوم الاضاحي تشرق فيها وقيل سميت بذلك لقولهم أشرق ثبير كيما نغير ومما يدل على ان الأيام المعدودات هي التي وصفناها بذلك قوله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه معناه والله أعلم فمن تعجل في يومين منها ومن تأخر حتى يستكملها والتعجيل في يومين منها أن يقيم بمنى منها يوم النحر وهو أولها ثم يوم النفر وهو الثاني منها فيأتي في اليومين بما شرع فيه من الرمي ثم ينفر فيه فيكون قد تعجل قبل اليوم الثالث والتأخير أن يقيم الى اليوم الثالث وهو يوم الصدر فيأتي بما شرع فيه من الرمي ثم يصدر

﴿ صلاة المعرس والمحصب ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أناخ بالبطحاء التي بذي الحليفة فصلى بها قال نافع وكان عبد الله بن عمر يفعل ذلك قال مالك لا ينبغي لأحد أن يجاوز المعرس اذا قفل حتى يصلي فيه وان مر به في غير وقت صلاة فليقم حتى تحل الصلاة ثم صلى ما بدا له لانه بلغني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عرس به وان عبد الله بن عمر أناخ به ﴾ ش المعرس هو البطحاء التي بذي الحليفة ومعنى المعرس موضع النزول يقال عرس الرجل بالمكان اذا نزل به وحط فيه رحله فسمي ذلك الموضع المعرس لان النبي صلى الله عليه وسلم نزل فيه ولما صلى فيه النبي صلى الله عليه وسلم استحبت الصلاة فيه تبركا بموضع صلاته مع أنه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذلك رواه عبد الله بن عمر عنه صلى الله عليه وسلم أنه نودي وهو في معرس ذي الحليفة ببطن الوادي قيل له انك ببطحاء مباركة

(فصل) وقول مالك لا ينبغي لأحد أن يجاوز المعرس اذا قفل حتى يصلي فيه وخص ذلك بالقفول لأنه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم انما أناخ في قفوله روى عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى

﴿ صلاة المعرس والمحصب ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أناخ بالبطحاء التي بذي الحليفة فصلى بها قال نافع وكان عبد الله بن عمر يفعل ذلك * قال مالك لا ينبغي لاحد أن يجاوز المعرس اذا قفل حتى يصلي فيه وان مر به في غير وقت صلاة فليقم حتى تحل الصلاة ثم صلى ما بدا له لانه بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عرس به وأن عبد الله بن عمر أناخ به

الله عليه وسلم كان يخرج من طريق الشجرة ويدخل في طريق المعرس وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا خرج لمكة يصلي بمسجد الشجرة واذا رجع صلى بذي الحليفة ببطن الوادي حتى يصبح

(فصل) وقوله وان مر به في غير صلاة فليقم حتى تحل الصلاة ثم يصلي ما بدا له واحتج على ذلك بفعل النبي صلى الله عليه وسلم وفي رواية عبيد الله عن نافع أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك وهذا يدل على تكرر ذلك الفعل منه والاقتداء به مما يرجى بركته لاسيما وقد أوحى اليه في هذا اليوم أنه ببطحاء مباركة فيجب أن يقصد بالصلاة رجاء بركة ذلك فيها وليس لما يصلي فيه حد يريد في الكثرة والقلة وأقل ذلك ما شرع من النافلة وهو ركعتان فهذا حد في القلة وأما الكثرة فلا حد لها والله أعلم وانما ذلك لمن كان قافلا من حج أو عمرة وقد روى أبو داود بن سعيد عن مالك فيمن حج أو اعتمر من أهل المدينة ثم قفل فربقريته جاهلا فأقام بها شهرين أو ما أشبه ذلك ثم رجع الى أهله بالمدينة ليس عليه أن يأتي المعرس وانما ذلك على من توجه الى أهله في صدره والله أعلم ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمحصب ثم يدخل مكة من الليل فيطوف بالبيت ﴾ ش المحصب موضع بأعلى مكة خارج منها متصل بالجبانة التي بطريق منى وهو الذي يقال له الابطح رواه ابن المواز عن مالك وقوله أنه يصلي هذه الصلوات بالمحصب يقتضي أن ذلك مشروع عنده والاصل في ذلك ما روى أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى الظهر والمغرب والعشاء بالمحصب ورقد رقدة وقد روى عن عائشة أنها قالت المحصب ليس بسنة انما هو منزل نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكون أسمح لخروجه وروى ابن عباس نحوه وروى سليمان بن يسار عن أبي رافع قال لم يأمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أنزل بالابطح ولكني أتيتها فضربت فيها قبته فجاء فنزل وقد روى ابن المواز عن مالك أنه قال اني لأستحب النزول بالمحصب اذا فرغ الامام من أيام الرمي وصدر وان لم يفعل فلا بأس وروى ابن وهب عن مالك أن ذلك حسن للرجال والنساء وليس ذلك بواجب وقد قال ابن عمر النزول بالمحصب سنة أناخ به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر وعثمان والخلف وهذا على ما قال ولا خلاف في أنه غير واجب وانما الخلاف في الاستحباب وقد قال مالك استحب للائمة ولمن يقتدى به أن لا يجاوزوه حتى ينزلوا به فان ذلك في حقهم لان هذا أمر قد فعله النبي صلى الله عليه وسلم والخلف فتعين على الأئمة ومن يقتدى به من أهل العلم احياء سنته والقيام بها لئلا يترك هذا الفعل جملة ويكون للنزول بهذا الموضع حكم النزول بسائر المواضع لا فضيلة للنزول به بل لا يجوز النزول به على وجه القربة

(فصل) فاذا قلنا يستحب النزول به فان ذلك لمن لم يتعجل فأما من تعجل في يومين فلا أعلم التحصيب يكون له رواه ابن حبيب عن مالك وقد روى ابن أبي ذئب عن ابن شهاب لا حصبة لمن تعجل في يومين ووجه ذلك أن هذا انما هو لمن استوفى العبادة وأتى بها على أكمل هيئتها فأما من اقتصر على الجائز منها دون الفضيلة وتعجل بترك المبيت بمنى ورمي الجمار الذي هو آكد من التحصيب فمن حكمه أن لا يتلوم على التحصيب الذي لا يقوى قوة التأخير في القرب وكذلك اذا وافق يوم الجمعة يوم النفر فقد قال مالك أحب للامام أن لا يقيم بالمحصب لكي يصلي الجمعة بأهل مكة

(فصل) ومن لم يقم بالمحصب فقد قال ابن حبيب كان مالك يأمر بالمحصب ويستحبه وان شاء مضى اذا صلى به الظهر والعصر حتى يأتي مكة ويدع المقام به حتى يمسي إلا أنه لا ينبغي لأحد أن يدع التعريس به وأما من جهل أو نسي فلم ينزل به ومضى كما هو حتى أتى مكة فصلى بها الظهر والعصر أو

* وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمحصب ثم يدخل مكة من الليل فيطوف بالبيت

صلاها بطريقه فلا شيء عليه من دم ولا غيره قاله ابن حبيب ووجه ذلك ما قدمناه من أنه مستحب مختلف في استحبابه فالأخذ به أحوط وأفضل ومن تركه فلا شيء عليه لأنه لم يخل بواجب (مسئلة) ومن أدركه وقت الصلاة قبل أن يأتي الابطح فانه يصلي الصلاة حيث أدركته فاذا أتى الابطح نزل به قاله ابن حبيب ووجه ذلك أن أداء الصلاة في وقتها متفق على وجوبه والنزول بالابطح مختلف في استحبابه مع أنه لا يفوت بأداء الصلاة في وقتها

(فصل) وقوله ثم يدخل مكة من الليل فيطوف بالبيت ان كان ممن عليه طواف الافاضة فيدخل لذلك وان كان ممن يريد الرحيل وقد طاف لافاضته فيدخل لطواف الوداع وان كان يريد المقام بمكة فقد حل وان شاء طاف وان شاء أخر الطواف والله أعلم

﴿ البيتوتة بمكة ليالي منى ﴾

﴿البيتوتة بمكة ليالي منى﴾ * حدثني يحيي عن مالك عن نافع انه قال زعموا أن عمر بن الخطاب كان يبعث رجالا يدخلون الناس من وراء العقبة * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال لا يبيتن أحد من الحاج ليالي منى من وراء العقبة * وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال في البيتوتة بمكة ليالي منى لا يبيتن أحد الا بمنى

ص ﴿ مالك عن نافع أنه قال زعموا أن عمر بن الخطاب كان يبعث رجالا يدخلون الناس من وراء العقبة * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال لا يبيتن أحد من الحاج ليالي منى من وراء العقبة ﴾ ش قوله كان يبعث رجالا يدخلون الناس من وراء العقبة يريد في ليالي منى لأن المبيت بمنى ليالي منى مشروع كالمقام بها وكل حكم تعلق بمنى فانه يتعلق بما دون العقبة اليها كالنحر وقد قال ابن عبد الحكم عن مالك وابن حبيب عن ابن الماجشون من أقام بمكة أكثر ليلته ثم أتى الى منى فأقام بها حتى أصبح فلا شيء عليه حتى يبيت ليلة كاملة فعليه دم وروى ابن المواز أن من بات ليلة أو جل ليلة وراء العقبة فليهد هديا وان بات بعض ليلة فلا شيء عليه والاصل في ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم بات بمنى ليالي منى وارخص القياس في المبيت بمكة لأجل السقاية وهذا يدل على أنه مأمور به والا فكان يجوز للعباس ذلك ولغيره دون ارخاص وقد تأكد ذلك بفعل الأئمة بعد النبي صلى الله عليه وسلم ثم بمنع عمر المبيت وراء العقبة وهذا اجماع لعدم الخلاف (مسئلة) والعقبة التي منع عمر أن يبيت أحد وراءها الى مكة هي العقبة التي عند الجمرة التي يرميها الناس يوم النحر مما يلي مكة رواه ابن نافع عن مالك في المبسوط قال وقال مالك ومن بات وراءها ليالي منى فعليه الفدية ووجه ذلك أنه بات بغير منى ليالي منى وهو مبيت مشروع في الحج فلزم الدم بتركه كالمبيت بالمزدلفة ومعنى الفدية في قول مالك في هذه المسئلة الهدى قال مالك وهو هدى يساق من الحل الى الحرم وكذلك روى في المبسوط عن مالك في من زار البيت فمرض بمكة وبات بها عليه هدى يسوقه من الحل الى الحرم فأوجب ذلك مع الضرورة ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال في البيوتة بمكة ليالي منى لا يبيتن أحد الا بمنى ﴾ ش قوله في البيتوتة بمكة ليالي منى لا يبيتن أحد الا بمنى انما خص السائل مكة بالمبيت بها لما رأى أن العباس وابنه عبد الله كانا يبيتان بمكة ليالي منى أرخص لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك على ما تقدم ذكره وقد روى عن ابن عباس اباحة ذلك وروى عنه عكرمة أنه قال لا بأس أن يبيت الرجل بمكة ليالي منى ويظل بها أذا رمى الجمار قال ابن حبيب وانما ذلك رخصة له من أجل السقاية ولم يرد بذلك سائر الناس وقد روى عن ابن عباس ما يؤيد هذا التأويل أنه قال اذا كان للرجل متاع بمكة يخشى عليه الضيعة ان بات بمنى فلا بأس أن يبيت عنده بمكة فعلق اباحة ذلك بالعذر وهذا يقتضي أن ذلك ليس بمباح على الاطلاق وليس في هذا دليل على أنه لا يلزمه دم لان ذلك عذر يخصه والذي يقتضيه مذهب مالك ان عليه الهدى على حسب ما روى عنه ابن نافع فيمن حبسه مرض فبات بمكة أن عليه الهدى

﴿ رمى الجمار ﴾

﴿ رمى الجمار ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب كان يقف عند الجمرتين الاولين وقوفا طويلا حتى يمل القائم * وحدثنى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقف عند الجمرتين الاولين وقوفا طويلا يكبر الله ويسبحه ويحمده ويدعو الله ولا يقف عند جمرة العقبة * وحدثنى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يكبر عند رمى الجمرة كلما رمى بحصاة * وحدثنى عن مالك انه سمع بعض أهل العلم يقول الحصى الذى يرمى به الجمار مثل حصى الخذف * قال مالك وأكبر من ذلك قليلا أعجب الى

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب كان يقف عند الجمرتين الاولين وقوفا طويلا حتى يمل القيام ﴾ قوله ان عمر بن الخطاب كان يقف عند الجمرتين يريد الأولتين وقوفا طويلا يريد انه كان يقف عندهما بعد الرمى للدعاء والذكر وقوفا طويلا حتى يمل القيام بقيامه من طول القيام والقيام عند تينك الجمرتين باثر رميهما مشروع ويستحب طول القيام عندهما للدعاء والذكر ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقف عند الجمرتين الأولتين وقوفا طويلا يكبر الله ويسبحه ويحمده ويدعو الله ولا يقف عند جمرة العقبة ﴾ قوله يقف عند الجمرتين الأولتين هما اللتان يليان مسجد الخيف وانما سميتا الأولتين لانه انما يبدأ بالرمى من الجمرة الأولى وهى التى تلى مسجد الخيف ثم بالوسطى وهى التى تليها ثم بالقصوى وهى التى تلى العقبة فشرع الوقوف عند الأولى والوسطى ولم يشرع عند الآخرة وهى جمرة العقبة وموضع الوقوف عند الأولى الآن يتقدم أمامها ثم يقف ويدعو ثم يتقدم فيرمى الوسطى ثم ينحرف عنها ذات الشمال فى بطن المسيل ثم يدعو ثم يتقدم الى جمرة العقبة فيرميها ولا يقف عندها كذلك يفعل أيام منى كلها رواه ابن عبد الحكم فى مختصره عن مالك ووجه ذلك ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا رمى الجمرة التى تلى مسجد منى يرميها بسبع حصيات يكبر كلما رمى بحصاة ثم يتقدم امامها فيقف مستقبل القبلة رافعا يدعو وكان يطيل الوقوف ثم يأتى الجمرة الثانية فيرميها بسبع حصيات يكبر كلما رمى بحصاة ثم ينحدر ذات اليسار مما يلى الوادى فيقف مستقبل القبلة رافعا يديه يدعو ثم يأتى الجمرة التى عند العقبة فيرميها بسبع حصيات يكبر عند كل حصاة ثم ينصرف ولا يقف عندها ويحتمل أن يكون ذلك والله أعلم من جهة المعنى أن موضع الجمرتين الأولين فيه سعة للقيام للدعاء ولمن يرمى وأما جمرة العقبة فوضعها ضيق للوقوف عندها للدعاء لامتناع الرمى على من يريد الرمى ولذلك الذى يرميها لا ينصرف على طريقه وانما ينصرف من أعلى الجمرة ولو انصرف من طريقه ذلك لمنع من يأتى الرمى

(فصل) وبين فى حديث عبد الله أن وقوفه عند الجمرتين انما هو للتكبير والتسبيح والتحميد والدعاء ولذلك استحب فيه التطويل وذلك قدر قوة الناس وطاقتهم ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يكبر عند رمى الجمرة كلما رمى بحصاة ﴾ ش قوله أن عبد الله بن عمر كان يكبر عند رمى الجمرة كلما رمى بحصاة وذلك أنه اذا كان التكبير مشروعا عند الرمى فانه يتكرر عند كل رمية وكذلك كل عبادة شرع فيها التكبير فانه يتكرر بتكرر محله كالانتقال من ركن الى ركن فى الصلاة وشعار الحج مواضع تعظيم لله وتكبير وقد قال مالك يكبر مع كل حصاة والاصل فى ذلك ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان يكبر مع كل حصاة (مسئلة) وخص التكبير بهذا من بين سائر ألفاظ الذكر لفعل النبى صلى الله عليه وسلم كما خصت الصلاة فان سبح فقد قال ابن القاسم ما سمعت فيه شيأ والسنة التكبير * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى أنه لا شئ عليه لان ابن القاسم قد قال فى المبسوط فيمن رمى ولم يكبر هو مجزئ ومعنى ذلك انه ذكر مشروع فى أثناء الحج كسائر الاذكار والأدعية ص ﴿ مالك أنه سمع بعض اهل العلم يقول الحصى الذى يرمى به الجمار مثل حصى الخذف * قال مالك وأكبر من ذلك قليلا أعجب الى ﴾ ش قوله الحصى الذى يرمى به الجمار مثل حصى الخذف يريد أن الحصى المشروع رميه مثل حصى

الخذف والجمرة اسم لموضع الرمي سميت بذلك باسم ما يرمى بها فيها والجمار الحجارة قدر ما يرمى به منها مثل حصى الخذف وهو حصى مائل الى الصغر فترمى به العرب على وجه اللعب تجعله بين السبابة والابهام من اليسرى ثم تقذفه بالسبابة من اليمنى وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم النهي عنه (فصل) وقول مالك وأكبر من ذلك قليلا أحب الي يقتضي انه لم يبلغه حديث النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك ولذلك نسب القول الى بعض أهل العلم ولو بلغه حديث النبي صلى الله عليه وسلم من وجه صحيح لما نسبه الى غيره ولاستحب ما هو أكبر منه روى أبو الزبير عن جابر قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم رمى الجمرة بمثل حصى الخذف ووجه آخر وهو انه يحتمل انه بلغه حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه رمى بذلك والنبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك تبيينا للجواز وأخذ بالأيسر ووجه ثالث وهو ما ذكره بعض شيوخنا انه انما فعل ذلك احتياطا لئلا يقصر عن مثل ما رمى به النبي صلى الله عليه وسلم لانه اذا كان النبي صلى الله عليه وسلم رمى بمثل حصى الخذف كره أن يقصر أحد عن ذلك فيرمي بما هو أصغر من حصى الخذف ومن تحرى مثل حصى الخذف أخذ مرة أكبر منه ومرة مثله ومرة أصغر منه فيخل ببعض التقدير الذي سنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحب مالك أن يزيد على حصى الخذف ليتيقن انه رمى بما رمى به النبي صلى الله عليه وسلم ولا يقصر عن شئ منه وقد روى عن القاسم بن محمد أنه كان يرمي بأكبر من حصى الخذف وهذا أيضا ليس بأيسر لانه لو كان قدر حصى الخذف على معنى التحديد الذي لا يجوز الاخلال بشئ منه لكان ذلك يمنع من الزيادة عليه والوجه الأول أبين والأخذ بما فعل النبي صلى الله عليه وسلم أولى وأحق (مسئلة) وله أن يأخذ حصى الجمار من منزله بمنى أو حيث شاء ما لم يأخذها من الحصى الذي قد رمى به الا جمرة العقبة فانه يستحب أخذه من المزدلفة قاله ابن حبيب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ولا وجه لذلك عندي غير الاستعداد بالجمار لان الداخل الى منى يقصد جمرة العقبة فيرميها ولا يقدم على ذلك شيأ لان رميه يتصل بوصوله قبل أن يحط رحله فيجب أن يكون جماره معدة ليمكنه أن يصل رميه بالوصول وان لم تكن معدة فصل بين وصوله و رميه بطلب الجمار وكسرها وأما غيرها من الجمار فانما يرميها في اليوم الثاني بعد الزوال فيتسع له الوقت لطلب الجمار واعدادها (مسئلة) ولا يرمى من الجمار بما قد رمى هذا هو المشهور من المذهب وروى ابن وهب عن مالك فيمن سقطت منه حصاة أنه يأخذ من موضعه حصاة مكانها فيرمي بها مكان التي سقطت وروى ابن القاسم عن مالك ان تيقن أنها الحصاة التي سقطت منه فليأخذها وانه ليكره أن يأخذ من الجمار التي قد رمى بها واني لاتقيه فان أخذ منها حصاة وهو لا يتيقن أنها التي سقطت منه فأرجو أن يكون خفيفا وقد روى ابن المواز عن أشهب فيمن فقد حصاة من عند الجمرة فرمى بها أنه لا يجزئه وجه القول الأول أن من رمى الجمار لا يغيرها عن حالها ولا يحدث فيها معنى لم يكن فيها فلم يمنع ذلك من رميها كتقليبها في يده ووجه القول الثاني أنه قد أديت بها العبادة فلا يجزئ تكرارها بها كالهدي والأظهر أن مبنى القول فيها على ما تقدم من تكرار الوضوء بالماء ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول من غربت له الشمس من أوسط أيام التشريق وهو بمنى فلا ينفرن حتى يرمي الجمار من الغد ﴾ ش قوله من غربت له الشمس من أوسط أيام التشريق يريد يوم ينفر المتعجل وهو الثاني من أيام التشريق والثالث من أيام النحر جلس فلم يكن له أن يتعجل وذلك انه انما له التعجيل ما بينه و بين أن تغيب له الشمس من ذلك اليوم وهو بمنى فان غربت له الشمس فقد لزمه المبيت بها والمقام من الغد الى

* وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول من غربت له الشمس من أوسط أيام التشريق وهو بمنى فلا ينفرن حتى يرمي الجمار من الغد

وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن الناس كانوا اذا رموا الجمار مشوا ذاهبين وراجعين وأول من ركب معاوية بن أبي سفيان

أن يرمي الجمار لأنه قد فاته أن يتعجل في وقت التعجيل وهو ما بين أن يرمي الجمار في اليوم الثاني من أيام التشريق وبين أن تغرب الشمس من ذلك اليوم (مسئلة) وأما حكم التعجيل فان الحاج امام أو مؤتم به فأما الامام فقد قال مالك ما يعجبني ذلك له رواه ابن عبد الحكم ووجه ذلك أنه يقتدى به والتأخير له أفضل لأنه اتمام للمناسك واستيعاب لها والاتيان بالعبادة والنسك على أكمل هيئاتها فيستحب للامام أن يقيم للناس الحج على أتم هيئاته قاله الشيخ أبو بكر (مسئلة) وأما من ليس بامام فلا يخلو أن يكون مكيا أو غير مكي فان كان مكيا فقد اختلف قول مالك فيه فروى عنه ابن القاسم أنه قال لا أرى ذلك لهم الا أن يكون لهم عذر من تجارة أو مرض قال ابن القاسم وقد كان قال لي قبل ذلك لا بأس به وهو كأهل الآفاق قال ابن القاسم وهو أحب قوله الي قال الله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه وهذا عام في أهل مكة وغيرهم وجه القول الاول أنه لا عذر لاهل مكة في سرعة النفر والتعجل لانه لا يدعوهم الى ذلك الرجوع مع الرفقة والجيران لما يخاف من فوات ذلك لمن تأخر عنهم ولا طول السفر وبعد المسافة وأما أهل الآفاق فتدعوهم الى ذلك الدواعي التي ذكرناها (مسئلة) وأما أهل الآفاق فلهم التعجيل والمشهور من المذهب أن لهم ذلك وان أقاموا بمكة وقد قال ابن الماجشون وابن حبيب ان ذلك لاهل مكة وليس ذلك لغيرهم الا بشرط أن لا يبيتوا بمكة في اليوم الثالث وجه القول الاول قوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه ومن جهة السنة ما روي عن عبد الرحمن بن نعيم الديلي شهدت النبي صلى الله عليه وسلم أيام منى يتلو فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه ثم أردف رجلا فجعل ينادي بها في الناس ووجه القول الثاني ما احتج به ابن الماجشون أن المكي يرجع الى بيته وقد انتهى سفره وغير المكي مقامه بمنى كمقامه بمكة فانه يجوز له التعجل اذا احتاج الى سرعة السفر فلا يبيت بمكة (فرع) فان قلنا بقول ابن الماجشون فمن تعجل من أهل الآفاق فبات بمكة ولم يرجع الى منى فقد قال ابن حبيب عليه الدم الذي يجب على من لم يرم وكان يلزمه أن يوجب عليه دما لترك المبيت بمنى ودما لترك الرمي من الغد

(فصل) وقوله فلا ينفرن حتى يرمي الجمار من الغد يقتضي أنه لما لزمه المبيت لزمه رمي الجمار من الغد لأن المبيت من أجلها ويقتضي ذلك المقام بالنهار بمنى وهو عند مالك مشروع ولا يزول الحاج من منى أيام التشريق الا لعذر ولا يكثر من ذلك وقد روى ابن عبد الحكم عن مالك لا يجب لاحد أن يتنفل بطواف بعد الافاضة في أيام منى فان فعل فأرجو أن يكون خفيفا قال الشيخ أبو بكر يعني أنه اذا طاف طواف الافاضة رجع الى منى ولا يشتغل بشيء غيره من طواف أو صلاة أو غير ذلك لان رجوعه الى منى أفضل من ذلك كله ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن الناس كانوا اذا رموا الجمار مشوا ذاهبين وراجعين وأول من ركب معاوية بن أبي سفيان ﴾ ش قوله كانوا اذا رموا الجمار يريد في أيام التشريق مشوا ذاهبين اليها وراجعين عنها الى الصلاة في المسجد وأما رمي جمرة العقبة فان الراكب يأتي على راحلته فيرميها راكبا وقد قال مالك في المبسوط الشأن يوم النحر أن يرمي جمرة العقبة راكبا كما يأتي الناس على دوابهم وأما في غير يوم النحر فكان يقول يرمي ماشيا والاصل في ذلك ما قدمناه من أنه يرمي جمرة العقبة متصلة بوروده وأما في سائر الايام فان المشي اليها تواضع ويحتاج الى الدعاء عند الجمرتين فلو ركب الناس لضاق بهم المكان

(فصل) وقوله وأول من ركب معاوية بن أبي سفيان لعله يريد من الأئمة ممن يقيم للناس أمر

الحج ولعل معاوية أيضا ركب لعذر وقد قال مالك فى المبسوط فمن ركب أيام التشريق أو مشى يوم النحر لا شيء عليه ص ﴿ مالك أنه سأل عبد الرحمن بن القاسم من أين كان القاسم يرمى جمرة العقبة فقال من حيث تيسر ﴾ ش قوله من حيث تيسر قال مالك معناه من أسفلها وهو اليسر فيها لأن رميها من أعلاها فيه مشقة لحرجة الموضع وضيقه والاصل فى ذلك ما روى عبد الرحمن ابن يزيد قال رمى عبد الله من بطن الوادى فقلت له يا أبا عبد الرحمن ان ناسا يرمونها من فوقها فقال والذى لا إله غيره هذا مقام الذى أنزلت عليه سورة البقرة وهذا على الاستحباب ولو رماها من أعلاه أجزأه اه من المبسوط (مسئلة) وان رمى جمرة العقبة فليجعل منى عن يمينه ومكة عن يساره والاصل فى ذلك ما روى عبد الرحمن بن يزيد أنه حج مع ابن مسعود فرآه يرمى الجمرة الكبرى بسبع حصيات وجعل البيت عن يساره ومنى عن يمينه ثم قال هذا مقام الذى أنزلت عليه سورة البقرة ص ﴿ سئل مالك هل يرمى عن الصبى والمريض فقال نعم ويتحرى المريض حين يرمى عنه فيكبر وهو فى منزله ويهريق دما فان صح المريض فى أيام التشريق رمى الذى رمى عنه وأهدى وجوبا ﴾ ش ومعنى ذلك أن الصبى يلزمه الرمى كما يلزم غيره وكذلك المريض فمن استطاع منهما المشى اليه أو كان له من يحمله غيره فانه لا يلزمه أن يباشر الرمى بنفسه ان كان الصبى يفهم ما يؤمر به وكان مع المريض ذهنه وقد روى معنى هذا عن مالك فى المبسوط وروى ابن عبد الحكم عن مالك فى مختصره ان رجا المريض أن يصح فى أيام التشريق فليؤخر الرمى الى آخر أيام التشريق فان لم يرج ذلك رمى عنه واهدى ويحتمل هذا عندى وجهين أحدهما أن يكون قولا واحدا وذلك انه نص أولا على انه ان كان له من يحمله ويطيق ذلك مضى وعجل الرمى وان لم يكن له من يحمله ورجا أن يطيق ذلك فى بقية أيام التشريق أخر الرمى وان لم يرج ذلك ولم يكن له من يحمله رمى عنه ويحتمل وجها آخر وهو أن يكون فى ذلك قولان أحدهما ان رجا أن يفيق فى أيام الرمى أخر ذلك ولم يرم عنه أحد وان لم يرج ذلك أمر من يرمى عنه والرواية الثانية انه لا ينظر فيما يرجوه من حاله فى أيام التشريق وانما ينظر فيما يطيقه وقت الرمى ويومه ذلك فان استطاع على الرمى والا رمى عنه غيره وان كان يرجو أن يرمى فى بقية أيام التشريق وجه رواية ابن عبد الحكم ان الرمى له وقتان وقت أداء ووقت قضاء وسيأتى بيان ذلك ان شاء الله تعالى فان رجا أن يرمى فى الوقت فهو أولى ولا معنى لرمى غيره عنه لانه يرجو أن يرمى بنفسه ووجه رواية ابن القاسم ان وقت الرمى هو لكل يوم فى نفسه ولذلك يجب الدم على من أخره عنه فاذا يئس من أن يرمى بنفسه عن يومه استناب فى ذلك لما اتفقنا عليه من جواز الاستنابة وهذا كالوضوء والتيمم من يئس من ادراك الوقت المختار تيمم ولم يؤخر التيمم الى وقت الضرورة (فرع) فاذا قلنا برواية ابن عبد الحكم فانه يرجع فى ذلك الى ما يظن بنفسه وحاله قاله الشيخ أبو بكر قال وهو كالعادم للماء انما يرجع فى عدمه ووجوده الى ما يغلب على ظنه (مسئلة) فان لم يطق المريض السير ولم يكن له من يحمله على رواية ابن القاسم أو ظن انه لا يطيق الرمى فى أيام التشريق فرمى عنه ثم صح فى أيام التشريق فانه يرمى لما مضى من الأيام ويهدى رواه ابن القاسم عن مالك وابن عبد الحكم عن مالك وهذا قول جماعة شيوخنا وروى ابن المواز عن أشهب فى المريض يصح فى أيام التشريق فيرمى ما رمى عنه لا دم عليه وجه القول الأول قال الشيخ أبو بكر انما وجب عليه لانه قد يمكن أن يعتقد انه لا يقدر على الرمى وهو لو تحامل لاستطاعه فلذلك وجب عليه الهدى وان كان معذورا قال القاضى أبو الوليد وهذا عندى فيه نظر

* وحدثنى عن مالك أنه سال عبد الرحمن ابن القاسم من أين كان القاسم يرمى جمرة العقبة فقال من حيث تيسر *قال يحيى سئل مالك هل يرمى عن الصبى والمريض فقال نعم ويتحرى المريض حين يرمى عنه فيكبر وهو فى منزله ويهريق دما فان صح المريض فى أيام التشريق رمى الذى رمى عنه وأهدى وجوبا

لانه قد يكون بحالة لا يشك هو ولا غيره في انه لا يطيق ذلك ومع ذلك فانه يجب عليه الهدى وانما يجب عليه الهدى وان تيقن العذر لانه من ترك شيأ من سنن الحج لزمه الهدى سواء تيقن عذره أو لم يتيقن كان ذلك لعذر أو لغير عذر كترك المبيت بمزدلفة وهذا فيما ليس له مثل من الأركان التي لا يتم الحج الا بها وأما ماله مثل من الأركان كطواف الورود فانه يسقط للعذر ولا يجب بذلك دم ووجه قول أشهب ان الرمي له بدل وهو رمي غيره عنه وفي البدل نقص عن المبدل منه يجبر بالدم فاذا أدرك الرمي في أيام التشريق فباشره بنفسه فقد جبر نقص الرمي فسقط عنه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يرمي عن الصبي والمريض الا من قد رمى عن نفسه فان لم يكن رمى أولا عن نفسه فانه يبدأ أولا بالرمي عن نفسه بالجمار الثلاث ثم يبدأ بالرمي عن المريض من أول الجمار ورواه أشهب عن مالك ووجه ذلك ان التوالي مشروع في الرمي فلزمه أن يوالي عن نفسه ثم يوالي عن غيره (مسئلة) ومن رمى عن غيره فهل يقف عند الجمرتين روى ابن المواز عن ابن القاسم انه اختلف فيه قوله فقال لا يقف وقال يقف وجه القول الأول ان الوقوف عند الجمرتين انما هو للدعاء ولا يستناب فيه كالصلاة ووجه القول الثاني ان الوقوف تبع للرمي فجاز أن يستناب فيه وان لم يستنب في مثله اذا لم يكن تبعا كركعتي الطواف ص ﴿ قال مالك لا أرى على الذي يرمي الجمار أو يسعى بين الصفا والمروة وهو غير متوضئ اعادة ولكن لا يتعمد ذلك ﴾ ش وهذا كما قال ان من سعى أو رمى الجمار على غير طهارة فانه يجزئه ولا اعادة عليه لان هذه قرب لا تعلق لها بالبيت فلم تكن الطهارة شرطا في صحتها وانما تكون الطهارة شرطا في صحة القرب التي لها تعلق بالبيت كالصلاة والطواف والأصل في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعائشة حين شكت اليه انها نفست افعلي ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت فاباح لها فعل كل قربة من الحج لا تعلق لها بالبيت وفي ذلك السعي والرمي والوقوف بعرفة والمزدلفة

(فصل) وقوله ولكن لا يتعمد ذلك يقتضي انه يستحب الطهارة لفعل هذه القرب كلها وان لم تكن شرطا في صحتها وذلك ان قرب الحج مبنية على ان الطهارة مشروعة في جميعها اما وجوبا واما استحبابا ولذلك شرع الغسل للاحرام ودخول مكة والوقوف بعرفة وان لم يكن شئ من ذلك كله واجبا بل يصح فعل هذه المعاني من غير طهارة فما كان من الأركان فالغسل له مشروع وما كان من غير الأركان فمن حكمها أن يكون فاعلها على طهارة وان لم تكن الطهارة لها ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول لا ترمى الجمار في الأيام الثلاثة حتى تزول الشمس ﴾ ش قوله لا ترمى الجمار في الأيام الثلاثة يريد أيام التشريق حتى تزول الشمس وقد روى القاضي أبو اسحق في المبسوط عن مالك وقال عنه فان رماها قبل الزوال فليعد الرمي زاد ابن حبيب عن مالك وهو كمن لم يرم والأصل في ذلك ما رواه ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال رمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الجمرة يوم النحر ضحى وأما بعده فاذا زالت الشمس (مسئلة) ومن رمى الجمار بعد ان صلى الظهر فقد أخطأ ولا شئ عليه رواه ابن حبيب عن مالك وانما محل الرمي للجمار بعد الزوال وقبل الصلاة من جهة الوقت ومن جهة الرتبة أما من جهة الوقت فان رمي الجمار يجب أن يقدم بأثر الزوال وأما من جهة القياس فان تقديمها على الصلاة مشروع والأصل في ذلك من جهة المعنى ان الصلاة مشروعة في الجماعة بعد الزوال وشرع التأخير لها لأجل اجتماع الناس ورمي الجمار مشروع بعد الزوال ولم تشرع فيه جماعة فكانت المبادرة به أولى لانه لا وجه لتأخيره وتقديم العبادة في أول أوقاتها مشروع

قال مالك لا أرى على الذي يرمي الجمار أو يسعى بين الصفا والمروة وهو غير متوضئ اعادة ولكن لا يتعمد ذلك * وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول لا ترمى الجمار في الايام الثلاثة حتى تزول الشمس

الأن تؤخر لمعنى يقتضى ذلك (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان أول أداء الرمى لكل يوم من أيام التشريق زوال الشمس منه وآخره غروب الشمس ووقت القضاء من غروب شمسه الى بقية أيام التشريق الليل والنهار سواء فى القضاء يبين ذلك ماروى عن مالك فى رمى رعاء الابل الجمار انهم لا يرمون اليوم الذى يلى يوم النحر الا فى اليوم الذى بعده قال لانه لا يقضى شئ حتى يجب فاذا وجب ومضى كان القضاء بعد ذلك والله أعلم

﴿ الرخصة فى رمى الجمار ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه أن أبا البداح بن عاصم بن عدى أخبره عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لرعاء الابل فى البيتوتة خارجين عن منى يرمون يوم النحر ثم يرمون الغد ومن بعد الغد ليومين ثم يرمون يوم النفر * مالك عن يحيى بن سعيد عن عطاء بن أبى رباح انه سمعه يذكر أنه أرخص للرعاء أن يرموا بالليل يقول فى الزمان الاول قال مالك تفسير الحديث الذى أرخص فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لرعاء الابل فى تأخير رمى الجمار فيما نرى والله أعلم أنهم يرمون يوم النحر فاذا مضى اليوم الذى يلى يوم النحر رموا من الغد وذلك يوم النفر الاول فيرمون لليوم الذى مضى ثم يرمون ليومهم ذلك لانه لا يقضى أحد شيأ حتى يجب عليه فاذا وجب عليه ومضى كان القضاء بعد ذلك فان بدا لهم النفر فقد فرغوا وان أقاموا الى الغد رموا مع الناس يوم النفر الآخر ونفروا ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لرعاء الابل فى البيتوتة خارجين عن منى يقتضى ان هناك منع خص هذا منه لان لفظة الرخصة لا تستعمل الا فيما يخص من المحظور للعذر وذلك ان للرعاء عذرا فى السكون مع الظهر الذى لا بد من مراعاته والرعى به للحاجة الى الظهر فى الانصراف الى بعيد البلاد وقد قال تعالى وتحمل أثقالكم الى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الأنفس فأبيح لهم ذلك لهذا المعنى

(فصل) وقوله يرمون يوم النحر يريد جمرة العقبة ثم يغيبون عن منى على ما فسره مالك أول أيام التشريق وهو الذى يلى يوم النحر فاذا كان اليوم الثانى من أيام التشريق وهو اليوم الذى يتعجل فيه النفر من يريد التعجيل أو من يجوز له التعجيل رموا عن اليومين بدؤا برمى ما عليهم من الرمى لليوم الاول من أيام التشريق فقضوه وانما رموا فى اليوم الثانى عن اليوم الاول ولم يرموا فى اليوم الاول عنهما لما قاله مالك رحمه الله من أنه لا يقضى شيأ قبل وجوبه وانما يقضى بعد وجوبه وخروج وقته ولذلك لا يرمى فى اليوم الثانى عن الثالث فلو رمى فى أول يوم لما جاز له أن يرمى الا عن يومه ذلك خاصة دون اليوم الثانى وكان يلزمه أن يأتى فى اليوم الثانى فيرمى عنه فتلحقه مشقة التكرر وتضييع الظهر فأبيح له التأخير الى اليوم الثانى فيكون قد وجب عليه رمى اليوم الاول قضاء ورمى اليوم الثانى أداء

(فصل) وقوله يرمون يوم النحر أخبر أن رميهم يوم النحر لا يتعلق به رخصة ولا يغير عن وقته ولا اضافة الى غيره ثم يرمون الغد يريد انه يرمى لليومين فقال يرمون الغد ومن بعد الغد ليومين فذكر الأيام التى يرمى لها وهى الغد من يوم النحر وبعد الغد وهما أول أيام التشريق وثانيهما ولم يذكر وقت الرمى وانما يرمى لها فى اليوم الثانى من أيام التشريق بعد الزوال ولذلك جمع بينهما فى اللفظ فقال ليومين وقد فسر ذلك مالك على ما تقدم ذكره

﴿ الرخصة فى رمى الجمار ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبى بكر ابن حزم عن أبيه أن أبا البداح بن عاصم ابن عدى أخبره عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لرعاء الابل فى البيتوتة خارجين عن منى يرمون يوم النحر ثم يرمون الغد ومن بعد الغد ليومين ثم يرمون يوم النفر * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن عطاء بن أبى رباح أنه سمعه يذكر أنه أرخص للرعاء أن يرموا بالليل يقول فى الزمان الاول قال مالك تفسير الحديث الذى أرخص فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لرعاء الابل فى تأخير رمى الجمار فيما نرى والله أعلم أنهم يرمون يوم النحر فاذا مضى اليوم الذى يلى يوم النحر رموا من الغد وذلك يوم النفر الاول فيرمون لليوم الذى مضى ثم يرمون ليومهم ذلك لانه لا يقضى أحد شيأ حتى يجب عليه فاذا وجب عليه ومضى كان القضاء بعد ذلك فان بدا لهم النفر فقد فرغوا وان أقاموا الى الغد رموا مع الناس يوم النفر الآخر ونفروا

(فصل) وقوله ثم يرمون يوم النفر يحتمل وجهين أحدهما أن يريد انهم يرمون ليومين يرمون للاول ثم يرمون يوم النفر وهو يوم رميهم لانه يوم النفر الاول فيكون قوله ثم يرمون يوم النفر تفسيرا لاحد اليومين اللذين يرمى لهما واستغنى عن ذكر الاول بقوله يرمون ليومين ثم بين اليوم الثانى منهما فعلم بذلك اليوم الاول وعلى هذا يكون يوم النفر المذكور فى الحديث يوم النفر الاول لمن أراد أن يتعجل ويكون فائدة قوله ثم يرمون ليوم النفر انه لا يجوز أن يرمى لليوم الثانى حتى يكمل رمى اليوم الاول والوجه الثانى أن يريد بقوله يرمون الغدو بعد الغد ليومين أن يبين بهذا كلامه ثم استأنف بقوله ثم يرمون يوم النفر لمن لم يرد التعجيل فالمراد بقوله يوم النفر الثانى وهو الثالث من أيام التشريق فعلى هذا فسر مالك الحديث ومن أراد التعجيل فانه اذا رمى فى اليوم الثانى عن اليوم الاول والثانى تعجل وأجزأه ذلك

(فصل) وقوله وفى حديث عطاء أرخص للرعاء فى الرمى بالليل انما أبيح لهم ذلك لانه أرفق بهم وأحوط فيما يحاولونه من رعى الابل لان الليل وقت لا ترعى فيه الابل ولا تنتشر فيرمون فى ذلك الوقت وقال ابن المواز ان رعوا بالنهار ورموا بالليل فلا بأس به ويحتمل أيضا أن يرموا على هذا فى كل ليلة لاستغنائهم فى ذلك الوقت عن حفظ الابل على وجه الرعى ويحتمل ان كان فى ذلك عليهم مشقة أن يكون رميهم بالليل على حكم رميهم بالنهار من الجمع والله أعلم

(فصل) وقوله فى الزمن الاول يقتضى اطلاقه زمن النبى صلى الله عليه وسلم لانه أول زمان هذه الشريعة فعلى هذا هو مرسل ويحتمل أن يريد به أول زمن أدركه عطاء فيكون موقوفا متصلا والله أعلم ص ✲ مالك عن أبى بكر بن نافع عن أبيه ان ابنة أخ لصفية بنت أبى عبيد نفست بالمزدلفة فتخلفت هى وصفية حتى أتيا منى بعد أن غربت الشمس من يوم النحر فأمرهما عبد الله بن عمر أن يرميا الجمرة حين أتيا ولم ير عليهما شيأ ✲ ش قوله ان صفية وبنت أخيها تخلفت لما ذكره من نفاس بنت أخيها فأتيا منى بعد غروب الشمس من يوم النحر أو بعد أن فاتهما الرمى وفى هذا أن الأغلب أن مقام صفية مع ابنة أخيها كان بعلم عبد الله بن عمر والذى لا ريب فيه انه علم بذلك بعد مجيئهما وقد سئل عن حكمهما فلم ينكر المقام على صفية مع ابنة أخيها وان كان العذر مختصا بابنة أخيها دونها ولا يبعد أن يكون مثل هذا مباحا لمن خيف عليه الضياع والهلاك فى الانفراد بمثل هذه الحال أن يقيم مع من يخاف عليه الهلاك بانفراده وترجى نجاته وصلاح حاله بالمقام معه ويجرى ذلك مجرى جواز التيمم لمن لا ماء معه وخاف على غيره الهلاك من العطش ويعطيه اياه فيسقيه به

(فصل) وقوله فأمرهما عبد الله بن عمر أن يرميا الجمرة حين أتيا يريد انهما قد أدركتا وقت قضاء الرمى وان لم يدركا وقت اداء الرمى فأمرهما بقضاء الرمى وأول وقت اداء رمى جمرة العقبة طلوع الفجر من يوم النحر وآخره وقت مغيب الشفق من ذلك اليوم وأول وقت القضاء آخر أيام التشريق وقوله أن يرميا حين أتيا دليل على جواز الرمى بالليل وقد تقدم أن الليل والنهار سواء فى قضاء الرمى والدليل على ذلك أنه من افعال الحج فجاز فعله بالليل كالطواف والسعى والوقوف

(فصل) وقوله ولم ير عليهما شيأ يقتضى انه لم ير عليهما دما ولا غيره وقد قال مالك فى المبسوط وأما أنا فأرى على كل من كان فى مثل حال صفية يوم النحر ولم يرم حتى غابت الشمس الدم ووجه ذلك أن من فاته الاداء لزمه الرمى والهدى كالذى يمرض فلا يقدر على الرمى فى وقت الاداء ويرمى آخر أيام التشريق وقد تقدم ذكر الخلاف فيه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن ترك جمرة العقبة فذكرها

✲ وحدثنى عن مالك عن أبى بكر بن نافع عن أبيه ان ابنة أخ لصفية بنت أبى عبيد نفست بالمزدلفة فتخلفت هى وصفية حتى أتتا منى بعد أن غربت الشمس من يوم النحر فأمرهما عبد الله بن عمر أن ترميا الجمرة حين أتتا ولم ير عليهما شيأ

ورماها قبل غروب الشمس من يوم النحر فلا شئ عليه وان رماها بعد غروب الشمس متى كان فى أيام التشريق أو لياليه فعليه الدم قاله مالك ووجه ذلك انه اذا أدرك وقت الاداء فلا شئ عليه واذا فاته وقت الاداء لزمه الهدى على كل حال فان أدرك وقت القضاء قضى وان فاته لم يقض ولزمه الدم فى الوجهين (فرع) واذا لم يرمها حتى تنقضى أيام التشريق فهل يفسد حجه أم لا قال مالك لا يفسد حجه وعليه ما تقدم ذكره من الهدى وقاله جمهور أصحاب مالك وقال عبد الملك بن الماجشون يبطل حجه وعليه الحج قابلا والهدى ووجه قول مالك انه من أفعال الحج فلا يختص بيوم عرفة فلم يفت الحج بفواته فى وقته كسائر الرمى ووجه آخر ان من أمن فوات الحج لم يطر أعليه ما يفسده أصل ذلك من رمى ووجه آخر ان كل فعل بعد الوقوف بعرفة لا يبطل الحج بتأخيره كطواف الافاضة ووجه قول عبد الملك انه معنى لو جامع قبله فسد حجه فاذا فاته وجب أن يفوته حجه كالوقوف بعرفة والتحلل عند ابن الماجشون انما يقع بالفعل لا بمضى الوقت (مسئلة) ومن ترك حصاة منها فلا يخلو أن يذكرها قبل مغيب الشمس أو بعد ذلك فان ذكرها قبل مغيب الشمس رمى تلك الحصاة وحدها وليس عليه أن يستأنف رمى غيرها ووجه ذلك انه قد رمى جميعها فى وقت الاداء وليس من شرطها الموالاة وان كان مشروعا فيها ومستحبا الا أن رمى ما قدر مى منها فى وقتها المختار أفضل من تأخيره الى الوقت الذى فيه ذكر الحصاة المنسية على وجه الجمع معها (مسئلة) فان ذكرها بعد مغيب الشمس ففى المبسوط عن مالك فيمن ترك من جمرة العقبة حصاة أو حصاتين حتى غابت الشمس انه يرمى ما تركه ولا يعيد ما رمى وفى الموازية عن ابن القاسم فيمن ذكر حصاة من جمرة العقبة يوم النحر فذكر ذلك من الغد انه يعيد الرمى ثانية ويهريق دما ووجه رواية المبسوط ان هذا قد ذكر نقص الجمرة فى وقت ترمى فيه فكان عليه أن يرمى ما ذكر دون ما رمى أصل ذلك اذا ذكرها فى يوم ويحتمل هذا وجهين أحدهما أن يرى ان وقت الاداء الى طلوع الفجر من ثانى يوم النحر والوجه الثانى أن يعتقد ان وقت الاداء الى غروب الشمس من يوم النحر لكنه لا يعيد ما رمى منه للموالاة بعد انقطاع الموالاة فى وقت أداء ولا وقت قضاء ووجه رواية الموازية ان الرمى فى يوم النحر أداء والرمى بعد ذلك قضاء له ولا تعتبر الموالاة بين القضاء والاداء وان اعتبر بين الاداء المفرد والقضاء المفرد بالآخر وان لفق الاداء بعضه ببعض والقضاء كذلك ص ﴿ سئل مالك عمن نسى رمى جمرة من الجمار فى بعض أيام منى حتى يمسى قال ليرم أى ساعة ذكر من ليل أو نهار كما يصلى الصلاة اذا نسيها ثم ذكرها ليلا أو نهارا فان كان ذلك بعد ما صدر وهو بمكة أو بعد ما يخرج منها فعليه الهدى واجب ﴾ ش وهذا كما قال ان من نسى رمى جمرة من الجمار فى بعض أيام التشريق حتى يفوته وقت الاداء بمغيب الشمس من يوم تلك الجمرة فانه يقضيها ما دام فى وقت القضاء وقد بينا حكم الوقت فيما تقدم وفى هذا خمسة أبواب أحدها فيمن نسى رمى حصاة من الجمار والباب الثانى فيمن نسى جمرة كاملة والباب الثالث فيمن نسى رمى جمار يوم والباب الرابع فيمن نسى الرمى كله والباب الخامس فى صفة الرمى

(الباب الأول فى من نسى رمى حصاة من الجمار)

ومن نسى رمى حصاة من جمار أيام التشريق فأخرها عن موضعها وذكرها بعد أن رمى غيرها من الجمار وقبل أن تغيب الشمس من يومه ذلك فالمشهور من المذهب انه يرمى تلك الحصاة وحدها ثم يرمى ما رمى بعدها من الجمار وذلك مبنى على فصلين أحدهما أن الترتيب فى الجمار واجب فلا يجوز أن يشرع فى رمى جمرة حتى يكمل رمى جمرة أخرى كركعات الصلاة لا ينتقل لركعة حتى يكمل عمل

قال يحيى سئل مالك عمن نسى جمرة من الجمار فى بعض أيام منى حتى يمسى قال ليرم أى ساعة ذكر من ليل أو نهار كما يصلى الصلاة اذا نسيها ثم ذكرها ليلا أو نهارا فان كان ذلك بعد ما صدر وهو بمكة أو بعد ما يخرج منها فعليه الهدى واجب

الركعة التي قبلها والفصل الثاني ان الموالاة ليست بشرط في صحة الرمي واذا كان الرمي كله في وقت الاداء أجزأ ويقتضي قول ابن كنانة في المدنية قولا ثانيا يستأنف رمي الجمرة التي نسي الحصاة منها بسبع حصيات وذلك يقتضي فصلين أحدهما أن الترتيب الذي ذكرناه والموالاة شرط في صحتها فيحصل الخلاف بين هذين القولين في الموالاة فعلى القول الأول ليس بشرط في صحة الرمي وعلى قول ابن كنانة هو شرط في صحتها (مسئلة) واذا ذكر ذلك من الغد فانه يرميها ثم يعيد رمي ما رمى بعدها من يومها ثم يرمي لليوم الذي ذكرها فيه ان كان قد رماها وذلك مبني على فصلين أحدهما ان اليوم الثاني وقت لقضاء رمي اليوم الأول والثاني ان الترتيب بين رمي اليوم الأول وبين رمي اليوم الثاني واجب لم يفت وقت أداء الرمي لليوم الثاني (فرع) وهل يرمي الحصاة التي نسيها من الجمرة خاصة أو يبتدئ رمي تلك الجمرة بسبع ففي كتاب ابن المواز عن أشهب يستأنف رميها بسبع حصيات وفي غير الموازية عن ابن القاسم يرمي الحصاة التي نسي خاصة وفي المدنية عن ابن القاسم ان ذكرها من يومه رمى تلك الحصاة خاصة وما بعدها وان ذكرها من الغد استأنف رمي تلك الجمرة بسبع ورماها بعدها ووجه قوله بافراد الحصاة انه ذاكر لها بعد ان انفصل من غيرها فلم يكن عليه الا رميها وهذا مبني على أن التفريق للنسيان لا يمنع صحتها ولا فضيلتها وان منع من فضيلتها فانه أمر لا يستدرك الا بعد الانفصال من رمي الجمار لان ما فات من فضيلة أول الوقت أعظم ووجه قولنا يرمي الجمرة كلها ان هذا قضاء لهذه الحصاة فوجب أن يكون جميع الجمرة يشملها ذلك وليس كذلك اذا ذكرها من يومه فانه يفردها بالرمي لان ذلك أداء لجميعها ولو رمى الحصاة خاصة من الغد لكان مؤديا لبعض الجمرة قاضيا لبعضها وذلك لا يجوز لانه لا يجوز أن يختلف حكمها (مسئلة) فان ذكرها بعد أن غابت الشمس من اليوم الثاني فانه يرمي تلك الحصاة أو يرمي الجمرة كلها بسبع على الاختلاف في ذلك ثم يرمي ما رمى بعدها من يومها ولا يعيد رمي جمار اليوم الثالث ان كان قد رماها وذلك مبني على فصول أحدها أن قضاء يوم لا يتبعض وانه اذا وجب قضاء بعضه وجب قضاء جميعه والثاني ان وقت الترتيب بين ما وجب قضاء وبين ما رمى بعده يفوت بفوات وقت أداء الرمي الذي بعده والثالث أنه لا يفوت الترتيب بين الرمي لليوم الاول واليوم الثالث اذا بقي وقت أدائه وان فات الترتيب بين الرمي لليوم الاول واليوم الثاني فحصل للرمي ثلاثة أوقات أحدها وقت أداء الرمي وهو من وقت رمي تلك الجمرة الى انقضاء ذلك اليوم والثاني وقت قضائه وهو من أول وقت الرمي لليوم من أيام التشريق الى انقضاء أيام التشريق والوقت الثالث وقت استدراك فضيلة الترتيب وهو وقت أداء الرمي لليوم الذي يعاد للترتيب (مسئلة) ومن ذكر الحصاة بعد أن غابت الشمس من آخر أيام التشريق فليس عليه قضاؤها وهل عليه دم أولا لا يخلو أن يذكر ذلك في يومه أو بعد ان تغيب الشمس فيه ولكنه في أيام التشريق أو بعد ان تغيب الشمس من آخر أيام التشريق ويعبر عن ذلك بانه لا يخلو أن يذكر الحصاة في وقت الأداء أو في وقت القضاء أو بعد فوات وقت القضاء فان ذكر ذلك في وقت الأداء فقد روى ابن القاسم عن مالك لا هدي عليه ولم أر في هذه المسئلة خلافا لهذا القول (مسئلة) وان ذكرها في وقت القضاء فقد قال ابن القاسم عليه هدي وفي المدنية عنه أنه ان ذكرها في وقت الأداء رماها بسبع ولم يذكر هديا وقال بأثر ذلك ان كان أصاب النساء فعليه هدي ويحتمل أن يكون قولا ثانيا وجه القول الاول أنه قد فاته الرمي في وقت الأداء فلزمه الدم لنقص القضاء ووجه القول الثاني أنه قد رمى الجمرة فلم يلزمه دم كما لو رماها في وقت

الأداء (مسئلة) واذا ذكرها بعد فوات القضاء فعليه الدم ولا نعلم فى ذلك خلافا ووجهه أنه قد فاته الرمى فعليه الدم

﴿ الباب الثانى فى من نسى جمرة كاملة ﴾

من نسى جمرة كاملة فذكرها فى يومه بعد ان رمى غيرها فانه يرميها ويعيد ما بعدها ولا شئ عليه وان ذكرها فى وقت القضاء فانه يرميها ويرمى ما بعدها مما يدرك وقت أدائه وان ذكرها بعد فوات وقت القضاء فلا رمى عليه وعليه الدم ذلك يتخرج على ما تقدم ان ذكرها فى وقت أداء الجمرة المنسية فلا خلاف أن الدم لا يجب عليه وان ذكرها بعد فوات القضاء فلا خلاف أن الدم عليه وان ذكرها فى وقت قضائها ففى وجوب الدم عليه روايتان على ما نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

﴿ الباب الثالث فى من نسى رمى جمار يوم ﴾

من نسى رمى يوم كامل من أيام التشريق فذكره فى وقت الأداء فانه يرميه على رتبته وسنته فان ذكر ذلك فى وقت القضاء رماه على رتبته ثم أعاد رمى ما كان رمى قبله فى الايام وبعده مما يدرك وقت أدائه واختلف قول مالك فى وجوب الهدى عليه على حسب ما تقدم

﴿ الباب الرابع فى من نسى الجمار كلها ﴾

وأما من نسى الجمار كلها فى أيام منى فذكر ذلك فى آخر أيام التشريق بعد الزوال فانه يرمى لليوم الاول على سنته ثم يرمى لليوم الثانى على السنة ثم يرمى لليوم الثالث على سنته رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك ووجه ذلك ما يلزم من الترتيب فى حال الأداء فكذلك فى حال القضاء كالصلاة ما لزم فيها من الترتيب فى حال الأداء لزم مثله فى حال القضاء وسواء ذكر ذلك بعد ان نفر من منى أو قبل ذلك اذا ذكر ذلك قبل أن تغيب الشمس من آخر أيام التشريق (مسئلة) فان ذكر ذلك بعد انقضاء أيام منى بمغيب الشمس من آخرها فقد فاته الرمى ولا سبيل له اليه وهل عليه الدم ان ذكر ذلك فى آخر أيام منى ورمى فى وقت القضاء اختلف قول مالك فيه فمرة قال عليه الدم ومرة قال لا دم عليه وقال ابن حبيب ان رمى قبل الصدر فلا دم عليه وان ذكر بعد النفر فعاد فرمى فى وقت القضاء فعليه الدم وقال ابن وهب ان تعمد فعليه الهدى وان نسى فلا هدى عليه إلا أن يفوته الرمى ووجه قولنا بوجوب الدم عليه ما تقدم من ادخاله النقص على الرمى بتأخيره عن وقت الأداء الى وقت القضاء ووجه القول بنفى ذلك جملة ما تقدم من أنه قد رمى فى وقت الرمى فلم يجب عليه دم كما لو رمى فى وقت الأداء ووجه التفريق بين ما قبل النفر وما بعده أن من نفر عن منى فقد نوى اطراح الرمى وجميع مناسك منى اما متعمدا واما ناسيا معتقدا أنه لا يلزمه شئ منها ومن كان مقيما بمنى لم ينفر بعد فانه باق على حكم أدائها أو قضائها فلم يكن عليه دم اذا استدرك فعل شئ منها ووجه القول الثانى أن المتعمد آثم بتعمده ترك نسك من المناسك والناسى معذور والقولان المتقدمان لمالك أجرى على طريق النظر والله أعلم

﴿ الباب الخامس فى صفة الرمى ﴾

أما الرمى فصفته أن يرمى الجمرتين الاولين من أعلاهما ويرمى جمرة العقبة من أسفلها وقد تقدم ذكر ذلك ولا يرميها مجتمعة بل يرمى كل جمرة متفرقة فان فعل لم يجزه وعليه ان يرمى بست حصيات ويعتد بما رمى من السبع الاول بحصاة واحدة قاله مالك ووجه ذلك أن الاعتبار بعدد الرمى وبعدد الحصى فاذا أخل بعدد الرمى لم يعتد من الحصى الا بقدر عدد الرمى (مسئلة) ولا يجزئه أن

يضع الحصى وضعا قاله ابن القاسم في المدوّنة وكذلك لا يطرحه طرحا فان فعل لم يجزئه ولكن يرميه رميا ووجه ذلك أن الشرع انما ورد في ذلك بالرمي وهو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وأفعاله على الوجوب (مسئلة) فاذا قلنا انه يرميها في سبع مرات فعليه أن يوالي ذلك ولا ينتظر بين كل حصاتين لأن الموالاة مشروعة فيها

(فصل) وقوله ليرم أي ساعة ذكر من ليل أو نهار يريد أنه لا يؤخر رميها عن وقت ذكرها لأنها عبادة فعل يتعلق بوقت فاذا فات وقت أدائها لزم تعجيل قضائه كصلاة الفرض ولذلك احتج مالك على تعجيل قضائها أي وقت ذكر ذلك من ليل أو نهار بما يلزم تعجيل الصلاة متى ذكرها من نسيها من ليل أو نهار

(فصل) وقوله فان كان ذلك بعد ما صدر وهو بمكة أو بعد ما يخرج منها فعليه الهدي يريد بعد ما صدر من منى وذلك يكون على وجهين الاول أن يفوت وقت الرمي بمغيب الشمس من آخر أيام التشريق والثاني مثل أن يفوت وقت الرمي فان كان ذلك بعد ان فات وقت الرمي فانما عليه الهدي لما فاته من الرمي وان كان لم يفت وقت الرمي فعليه أن يرجع فيرمي ما بقي عليه من الرمي وقد تقدم من قول ابن حبيب أن عليه الدم لأنه رمى بعد النفر وقول مالك يحتمل الوجهين أحدهما أن يريد بيان وجوب الهدي على من نفر قبل أن يرمي سواء رجع له فيما ترك أو لم يرجع ولذلك لم يذكر الفوات ولا الرجوع والادراك والثاني أن يريد بذلك ان من صدر وفاته الرمي لفوات وقت القضاء ان عليه الهدي وان من لم يفته ذلك فلا هدي عليه والله أعلم وأحكم

﴿ الافاضة ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع وعبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب خطب الناس بعرفة وعلمهم أمر الحج وقال لهم فيما قال اذا جئتم منى فمن رمى الجمرة فقد حل له ما حرم على الحاج الا النساء والطيب لا يمس أحد نساء ولا طيبا حتى يطوف بالبيت ﴾ ش قوله خطب الناس بعرفة يريد يوم عرفة وخطبته ليست للصلاة وانما هي لتعليم الحاج ولذلك قال وعلمهم أمر الحج يريد انه علمهم من أحكامه ما يستقبلونه من المبيت بالمزدلفة وجمع المغرب والعشاء بها والوقوف بها بعد طلوع الفجر والدفع منها الى منى ورمي جمرة العقبة يوم النحر ثم الذبح والنحر ثم الحلاق ثم طواف الافاضة لمن أراد تعجيله أو تأخيره ثم المبيت بمنى ورمي الجمار أيام التشريق وحكم التعجيل والتأخير والنفر والتحصيب

(فصل) وقوله رضي الله عنه اذا جئتم منى فمن رمى الجمرة فقد حل له ما حرم على الحاج الا النساء والطيب يريد ان أول التحلل رمي جمرة العقبة فمن رماها استحل بها القاء التفث ولبس الثياب وغير ذلك من محظورات الاحرام الا النساء والطيب فأما النساء فلا خلاف في بقاء تحريمهن حتى يطوف طواف الافاضة (مسئلة) وأما الطيب فاختلف العلماء في اباحته فمنع من ذلك مالك وأجازه غيره وقد تقدم ذكره (مسئلة) فاذا ثبت منعه فمن تطيب فلا فدية عليه عند مالك لانه قد وجد منه بعض التحلل برمي جمرة العقبة ولانه مما اختلف العلماء في اباحته وبذلك فارق اصابة النساء فانه متفق على المنع منه (مسئلة) ولم يذكر عمر بن الخطاب رضي الله عنه بمنى تحريم الصيد وذلك أن المقيم بها مقيم بالحرم والصيد ممنوع فيه للحلال فلا يستبيحه لطواف الافاضة ولا غيره وانما تكلم

﴿ الافاضة ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن نافع وعبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب خطب الناس بعرفة وعلمهم أمر الحج وقال لهم فيما قال اذا جئتم منى فمن رمى الجمرة فقد حل له ما حرم على الحاج الا النساء والطيب لا يمس أحد نساء ولا طيبا حتى يطوف بالبيت

على مايستباح بطواف الافاضة ويمنع منه الاحرام خاصة دون حرمة الحرم ولا خلاف على المذهب أن الصيد ممنوع فى ذلك الوقت فى الحل ولو أصاب الصيد فى الحل قبل طواف الافاضة لكان عليه جزاؤه وقد قال به ابن القاسم ص ﴿ مالك عن نافع وعبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن عمر ابن الخطاب قال من رمى الجمرة ثم حلق رأسه أو قصر ونحر هديا ان كان معه فقد حل له ما حرم عليه الا النساء والطيب حتى يطوف بالبيت ﴾ ش قوله من رمى الجمرة يريد جمرة العقبة يوم النحر ثم حلق رأسه وقصر ونحر هديا ان كان معه قدم الحلاق فى اللفظ على النحر والنحر مقدم فى الرتبة غير أن الواو لا تقتضى رتبة فأعلمنا أن اضافة النحر والحلاق الى الرمى لا يبيح النساء ولا الطيب وانما يبيح ذلك طواف الافاضة لانه نهاية التحلل من الاحرام

﴿ دخول الحائض مكة ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهللنا بعمرة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان معه هدى فليهلل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا قالت فقدمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انقضى رأسك وامتشطى وأهلى بالحج ودعى العمرة قالت ففعلت فلما قضينا الحج أرسلنى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عبد الرحمن بن أبى بكر الصديق الى التنعيم فاعتمرت فقال هذا مكان عمرتك فطاف الذين أهلوا بالعمرة بالبيت وبين الصفا والمروة ثم حلقوا منها ثم طافوا طوافا آخر بعد أن دفعوا من منى لحجهم وأما الذين كانوا أهلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة فانما طافوا طوافا واحدا عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة بمثل ذلك ﴾ ش قولها فأهللنا بعمرة يحتمل أن تريد بذلك أزواج النبى صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن تريد من كان معها أو طائفة أشارت اليهم ولا يصح أن تريد جماعة أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم لانها قد ذكرت أن منهم من أهل بعمرة ومنهم من جمع بين العمرة والحج

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم من كان معه فليهلل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما يحتمل وجهين أحدهما أن يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك عند الاهلال بالاحرام والدخول فيه فقال من كان معه هدى فلا عليه أن يقرن ان شاء ذلك ليبين جواز القران ويكون معنى من كان معه هدى أحد وجهين أحدهما من كان معه الآن وهو يريد أن يقلده ويشعره فليقلده ويشعره اذا أحرم بحجته لان ذلك وقت وجوبه عليه والوجه الثانى من وجد ثمنه وأمكنه أن يهديه ويكون فائدة ذلك الحض على الحج من ذلك العام لمن كان معه الهدى ولعله علم من هذه صفته أو من بعضهم العزم على ترك الحج والاقتصار على فعل العمرة لاجل الهدى فخص من نحر الهدى على أن يقرن فيحج فى عامه ذلك مع ما فيه من جواز القران والمعنى الثانى أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم أمر بذلك بعد الاحرام بالعمرة وبعد تقليد الهدى واشعاره على أن ينحر بمنى فى حجتهم وأن يحل من عمرته عند وصوله الى مكة ثم يبقى حلالا وهديه مقلدا مشعرا حتى يحرم بالحج يوم التروية ثم ينحر

* وحدثنى عن مالك عن نافع وعبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال من رمى الجمرة ثم حلق أو قصر ونحر هديا ان كان معه فقد حل له ما حرم عليه الا النساء والطيب حتى يطوف بالبيت

﴿ دخول الحائض مكة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين انها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهللنا بعمرة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان معه هدى فليهلل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا قالت فقدمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انقضى رأسك وامتشطى وأهلى بالحج ودعى العمرة قالت ففعلت فلما قضينا الحج أرسلنى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عبد الرحمن بن أبى بكر الصديق الى التنعيم فاعتمرت فقال هذا مكان عمرتك فطاف الذين أهلوا بالعمرة بالبيت وبين الصفا والمروة ثم حلوا منها ثم طافوا طوافا آخر بعد أن رجعوا من منى لحجهم وأما الذين كانوا أهلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة فانما طافوا طوافا واحدا * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة بمثل ذلك

هديه بمنى يوم النحر فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم أن يردفوا الحج على العمرة ويعودوا قارنين ومعنى ذلك المنع لهم من التحلل مع بقاء الهدى وذلك ممنوع لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث حفصة المتقدم انى لبدت رأسى وقلدت هديى فلا أحل حتى أنحر ويقتضى ذلك أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك على هذا الوجه في وقت يمكن فيه ارداف الحج على العمرة

(فصل) وقوله ثم لا يحل حتى يحل منهما يحتمل أنه نص على المنع من ذلك لانه لا يبيح التحلل من العمرة مع البقاء على حكم الاحرام بالحج فنع من الحلاق للعمرة والتحلل منها بشئ حتى يحصل الحل كله عند التحلل من الحج ويحتمل انه نص على المنع من التحلل ليستفاد بذلك المنع من التحلل مع بقاء الهدى على تقليده ويحتمل أن يكون نص على ذلك ليعلمهم معنى القران وحكمه انه لا يتحلل من العمرة وان أتى القارن بالعمل الذى يخصها ولم يبق من العمرة الا ما يخص الحج فانه باق على حكم القران وان ما يبقى عليه من الاحرام ثابت في حق العمرة كما هو ثابت في حق الحج حتى يكمل الحج فيكون التحلل منهما

(فصل) وقول عائشة رضى الله عنها فقدمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة وذلك ان الطواف ممنوع في حق الحائض لان من شرطه الطهارة لانه عبادة مختصة بالبيت كالصلاة والسعى بين الصفا والمروة مرتب على الطواف بالبيت لا يصح الا بعده فمن لم يصح طوافه لم يسع بين الصفا والمروة وان كان السعى بينهما ليس من شرطه الطهارة ولو أن امرأة دخلت طاهرا فطافت بالبيت وصلت الركعتين ثم حاضت لجاز لها أن تسعى بين الصفا والمروة وان كان الأفضل السعى بينهما على طهارة وقد تقدم من قول مالك انه لا اعادة على من سعى على غير طهارة

(فصل) وقولها فشكوت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتضى انها لم تكن ساقت هديا ولا كانت ممن أمر أن يردف الحج على العمرة وانما كانت ممن يسوغ له التمادى على التمتع بالعمرة الى الحج فكان من حكمها اذا دخلت مكة أن تطوف بالبيت وتسعى بين الصفا والمروة ثم تحل من عمرتها ثم تستأنف بالحج فلم يمكنها اتمام عمرتها لتعذر الطواف والسعى عليها من أجل حيضتها فشكت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انقضى شعرك وامتشطى يحتمل والله أعلم انه أباح لها في ذلك لاذى أدركها من طول احرامها وتمادى الشعث عليها وكثرة هوام أو غير ذلك مما أباح لها به الامتشاط ونقض رأسها لما كان في ذلك من ازالة الأذى عنها لان الحلاق ممتنع عليها وهذا كما أمر كعب بن عجرة بالحلاق اذا آذاه هوامه لان كعب بن عجرة ممن حكمه الحلاق ولم يأمرها بالتقصير لان التقصير ليس فيه اماطة أذى والحلاق فيه اماطة أذى وانما أمرها بالامتشاط ونقض شعرها لما فيه من اماطة الأذى

(فصل) وقوله وأهلى بالحج ودعى العمرة يريد صلى الله عليه وسلم أن تردف الحج على عمرتها التى قد أحرمت بها ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم ودعى العمرة دعى العمل بها على ما اقتضاه احرامها بها من افرادها ويحتمل أن يريد بذلك دعى الطواف والسعى للعمرة اذا تعذر ذلك عليها بالحيض حتى تطوف وتسعى للحج والعمرة طوافا واحدا وسعيا واحدا

(فصل) وقولها فلما قضيت الحج ذكرت قضاء الحج لانه أتم ما يفعل من النسكين نسك الحج لان

الطواف والسعي يشترك فيهما النسكان ومابعد ذلك من الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والمبيت بمنى وهو مما يختص بالحج وهو آخر مايفعل من النسك لمن عجل الافاضة فلذلك نصت على قضاء الحج

(فصل) وقولها أرسلني مع عبد الرحمن بن أبي بكر الى التنعيم فاعتمرت يقتضي ان الاحرام بالعمرة انما يكون من الحل لان النسك يقتضي الجمع بين الحل والحرم وعمل العمرة كله في الحرم فلابد من الاحرام من الحل والتنعيم أقرب الحل الى البيت

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مكان عمرتك يحتمل أن يريد به انها عمرة مفردة بالعمل مكان عمرتك الاولى التي أرادت أن تفردها بالعمل فلم تكملها على ذلك ودخلت في عمل حج للعذر المانع من اتمامها على الوجه الذي أحرمت بها عليه

(فصل) وقولها فطاف الذين أهلوا بالعمرة بالبيت و بين الصفا والمروة ثم حلوا تريد انهم طافوا عند ورودهم للعمرة وسعوا لها ثم حلوا لما كمل على عمرتهم ثم قالت ثم طافوا طوافا آخر بعد ان دفعوا من منى لحجهم وذلك انهم أحرموا بالحج من مكة فتأخر طوافهم وسعيهم بعد الوقوف بعرفة وهذا حكم من أحرم بالحج من مكة أن يتأخر طوافه وسعيه لحجه حتى يعود من منى لان الطواف الذي هو ركن من أركان الحج هو طواف الافاضة وأما طواف الورود فاذا لم يكن ورود سقط و بقي الطواف الذي هو ركن من أركان الحج وهو بعد رمي جمرة العقبة

(فصل) وقولها وأما الذين أهلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة فانما طافوا طوافا واحدا تريد والله أعلم أحد وجهين أما انهم لم يطوفوا غير طواف واحد للورود وطواف واحد للافاضة ان كانوا قرنوا قبل دخول مكة وان كانوا أردفوا فلم يطوفوا غير طواف واحد وهو طواف الافاضة ويحتمل أن يريد بذلك انهم سعوا لهما سعيا واحدا والسعي يسمى طوافا والوجه الثاني ان طوافهم كان على صفة واحدة لم يزد القارن فيه على طواف المفرد وذلك ان القارن لم يفرد العمرة بطواف وسعي بل طاف لهما كما طاف المفرد للحج وهذا نص في صحة ماذهب اليه مالك ومن وافقه في ان حكم القارن في ذلك حكم المفرد وقد فعلوا ذلك مع النبي صلى الله عليه وسلم ولا يمكن أن يخفى عليه فعل جماعة أصحابه وقد علمته عائشة من وراء حجاب ولا يمكن أن يتفق جميعهم وتعلمه وتبيينه في أن لا يعلم واحد منهم هذا الحكم في ذلك الموضع الذي انما خرج اليه لاثبات ذلك الحكم وتبيينه وتعليمه ولذلك قال صلى الله عليه وسلم خذوا عني مناسككم

(فصل) وهؤلاء الذين جمعوا الحج والعمرة لا يخلو أن يكونوا أهلوا بهما جميعا أو أردفوا الحج على العمرة اذ أمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فان كانوا ممن أهل بهما فقد طافوا لهما طواف الورود وسعوا بأثره ثم طافوا لهما بعد ذلك طواف الافاضة ولم يسعوا بعده وأما من أردف الحج على العمرة فان كان أردفه قبل الوصول الى مكة فحكمه حكم من أهل بهما وقد تقدم الكلام فيه وأما من أردف بعد الوصول الى مكة وقبل التلبس بالطواف فانه لا يطوف بالبيت ولا يسعى بين الصفا والمروة حتى يرجع من منى لانه محرم بالحج من مكة ومن أحرم بالحج من مكة فليس عليه طواف ورود فهذا المردف لما أحرم بالحج من مكة لا تأثير لما تقدم من عمرته في الورود ولا في غير ذلك من الأفعال غير وجوب الدم للقران والله أعلم ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة انها قالت قدمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك الى رسول الله صلى

* وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أنها قالت قدمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك الى رسول الله صلى

الله عليه وسلم فقال افعلى ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت ولا بين الصفا والمروة حتى تطهرى * ش قولها قدمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة تريد ان طواف العمرة منع منه حيضتها فشكت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تفعل ما يفعل الحاج ولا يكون ذلك الا أن يردف الحج على العمرة فتفعل أفعال الحاج كلها من الوقوف بعرفة والمبيت بالمزدلفة والوقوف بها ورمى الجمار والنحر وغير ذلك غير أنها لا تطوف بالبيت ولا يصح لها السعى بين الصفا والمروة لان الطواف بالبيت قبله ولا يصح ذلك منها حتى تطهر وذكر ان الحيض يمنع من الطواف ولم يذكر امتناعها من الصلاة لانه قد علم من حالها انها علمت ذلك وانما أعلمها من حكم الطواف بما لم يتقدم لها علمه ص * قال مالك فى المرأة التى تهل بالعمرة ثم تدخل مكة موافية للحج وهى حائض لا تستطيع الطواف بالبيت انها اذا خشيت الفوات أهلت بالحج وأهدت وكانت مثل من قرن الحج والعمرة وأجزأ عنها طواف واحد والمرأة الحائض اذا كانت قد طافت بالبيت وصلت قبل أن تحيض فانها تسعى بين الصفا والمروة وتقف بعرفة والمزدلفة وترمى الجمار غير أنها لا تفيض حتى تطهر من حيضتها * ش قوله فى التى تدخل مكة معتمرة ولا تستطيع أن تطوف من أجل حيضتها انها اذا خشيت الفوات يريد فوات الحج وذلك انها تريد الحج فاذا جاء يوم التروية ورأت حيضها تدوم اما لانها فى أوله أو فى وقت منه تعلم من عادتها تمادى حيضتها التى تخاف فوات الحج ان تمادت على افراد عمرتها حتى تطهر من حيضتها لانه قد يتمادى حيضها حتى يفوتها الوقوف بعرفة فان لم تحرم قبل أن تحل من عمرتها فاتها الحج فهذه التى تؤمر أن تحرم بالحج فتردفه على العمرة فتصير قارنة فتدرك بذلك ما تريده من الحج

(فصل) وقوله انها اذا خشيت الفوات أهلت بالحج وأهدت يريد لقرانها قال وكانت مثل من قرن الحج والعمرة تريد انها فى أحكامها مثل التى قرنت الحج والعمرة الا أن التى أحرمت بهما من ميقاتها ما يلزمها طواف الورود وهذه التى أردفت الحج بمكة لا يلزمها ذلك لانها أحرمت بالحج من الحرم ولا يلزمها للحج طواف الورود والمعتمر لا يلزمه ذلك أيضا وانما يطوف عند ورود طواف عمرته

(فصل) وقوله وأجزأ عنها طواف واحد على ما تقدم من أنه يجزئها طواف واحد لحجها وعمرتها ويحتمل أن يريد انه يجزئها طواف واحد وهو طواف الافاضة ولا يلزمها طواف ورود وان كانت وردت محرمة الا أنها دخلت محرمة بعمرة فلا يلزمها طواف ورود وانما يلزمها طواف العمرة ولو دخلت محرمة بحج مفردا وقارنة للزمها طوافان طواف للورود وطواف للافاضة

(فصل) وقوله والمرأة الحائض اذا كانت قد طافت بالبيت وصلت قبل أن تحيض فانها تسعى بين الصفا والمروة يريد ان الذى من شرطه الطهارة هو الطواف بالبيت والركوع فاذا أتت بذلك قبل أن تحيض كان لها أن تسعى بين الصفا والمروة لان الحيض لا يمنع من ذلك لانه ليس من شرطه الطهارة فتتمادى على عمرتها وتحل منها ثم تحرم بعد ذلك بحجها ان فاتها ذلك فلا يتعذر عليها شئ مما أرادته من افراد العمرة عن الحج لحيضتها بعد الطواف والركوع وان حاضت قبل أن تسعى لما ذكرناه

(فصل) وقوله وتقف بعرفة وترمى الجمار يريد ان ذلك كله يصح من غير طهارة ولا يمنع منه حدث الحيض وان كان يستحب الاتيان به على طهارة فان تعذر ذلك لحدث الحيض الذى لا يمكن التحرز منه ولا ازالته صح الاتيان به غير أنها لا تفيض يريد انها لا تأتى بطواف الافاضة حتى تطهر

الله عليه وسلم فقال افعلى ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت ولا بين الصفا والمروة حتى تطهرى * قال مالك فى المرأة التى تهل بالعمرة ثم تدخل مكة موافية للحج وهى حائض لا تستطيع الطواف بالبيت انها اذا خشيت الفوات أهلت بالحج وأهدت وكانت مثل من قرن الحج والعمرة وأجزأ عنها طواف واحد والمرأة الحائض اذا كانت قد طافت بالبيت وصلت فانها تسعى بين الصفا والمروة وتقف بعرفة والمزدلفة وترمى الجمار غير أنها لا تفيض حتى تطهر من حيضتها

﴿ افاضة الحائض ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أن صفية ابنة حيي حاضت فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحابستنا هي فقيل انها قد أفاضت فقال فلا اذا ﴾ ش قوله ان صفية بنت حيي وهي زوج النبي صلى الله عليه وسلم حاضت وهي محرمة بالحج فذكرت ذلك عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما اعتقدت أو تخوفت أن تكون حيضتها تمنعها بعض أفعال الحج أو جميعها فأرادت أن تعلم علم ذلك وكانت كثيرة البحث والسؤال عما لا تعلمه ولعله أجرى ذكر صفية على ما في حديث هشام بن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكرها فأخبرته عائشة انها قد حاضت أو لعل النبي صلى الله عليه وسلم قد سأل عن ذلك من حالها فأخبرته عائشة بحيضتها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أحابستنا هي يقتضي ان الحيض يمنع بعض أفعال الحج و يوجب البقاء عليه الى أن تطهر من حيضتها فيمكنها فعل ذلك وان كان ليس في الوقت تعيين ذلك الفعل الا أنه يمكن انه قد عينه قبل ذلك وعلم من أخبره بذلك من سنته صلى الله عليه وسلم ان الذي يمنع منه الحيض من أفعال الحج الطواف خاصة ولذلك قالت له انها قد أفاضت فقال فلا اذا يريد صلى الله عليه وسلم أنها ان كانت قد أفاضت فانها لا تبقى ولا تحبس من يكون معها فاقتضى ان الحيض يحبس المرأة اذا لم تكن أفاضت و يحبس من معها ممن يلزمه أمرها ولذلك يحبس الكري معها وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) والذي يحبس عليها الكري وذو المحرم والرفقة فأما الكري فانه يحبس عليها أكثر ما يحبس النساء الدم على ما يأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما ذو المحرم فانه يحبس عليها حتى يمكنها السفر وأما الرفقة والاصحاب فقد قال مالك ان كان مقامها اليوم واليومين وما أشبه ذلك فيحبس كريها ومن معه وان كان أكثر من ذلك لم يحبس الا كريها وحده ووجه ذلك ان الرفقة تلحقهم المشقة بطول الحبس وليس بينهم و بينها عقد ولا لها عليهم حق يحبسون به الا مقدار ما لا تلحقهم به مضرة لمعنى المرافقة والاصطحاب في الطريق وهي تجد العوض منهم بعد مدة فان الطريق المأمونة لا تنقطع وأما الكري فلها عليه حق ثبت عليه بعقد فليس له أن يتركها و يذهب بحقها وهو حق معتاد قد عرفه ودخل عليه فلزمه من المقام ما لا يلزم الرفقة وأيضا فان حقها قد تعين عنده وتعلق به دون غيره فليس له نقله الى غيره وأيضا فان المرأة لو أرادت المقام لكان للكري أن يطلبها بحقه عندها من السير معه وهو الكراء ولو أرادت أن تقيم لم يكن للرفقة قبلها في ذلك حق بوجه ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أم المؤمنين انها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله ان صفية بنت حيي قد حاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلها تحبسنا ان لم تكن طافت معكن بالبيت قلن بلى قال فاخرجن * مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن عمرة بنت عبد الرحمن ان عائشة أم المؤمنين كانت اذا حجت ومعها نساء تخاف أن يحضن قدمتهن يوم النحر فأفضن فان حضن بعد ذلك لم تكن تنتظرهن تنفر بهن وهن حيض اذا كن قد أفضن ﴾ ش قولها ان عائشة رضي الله عنها كانت اذا حجت ومعها نساء تخاف أن يحضن الخوف يكون في ذلك على وجهين أحدهما أن يكن ممن يحضن فان كن ممن لم يبلغ المحيض أو من اللائي يئسن من المحيض فلا يخاف عليهن الحيض والوجه الثاني أن يكون قرب وقت طهرها من حيضتها وعادتها تمادي طهرها مدة ينقضي احرامها

﴿ افاضة الحائض ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أن صفية بنت حيي حاضت فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال أحابستنا هي فقيل انها قد أفاضت فقال فلا اذا * وحدثني عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله ان صفية بنت حيي قد حاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلها تحبسنا ألم تكن طافت معكن بالبيت قلن بلى قال فاخرجن * وحدثني عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن عمرة بنت عبد الرحمن أن عائشة أم المؤمنين كانت اذا حجت ومعها نساء تخاف أن يحضن قدمتهن يوم النحر فأفضن فان حضن بعد ذلك لم تنتظرهن فتنفر بهن وهن حيض اذا كن قد أفضن

قبل انقضائها فأما من لا يبقى عليها الحيض جملة فلا تقدم الطواف مخافة الحيض وانما تقدمه ان قدمته لفضيلة المبادرة بتسليم الاحرام مما عسى أن يلحقه من نقص وان لم يلحقه فساد وأما من تحيض وعادتها ان زمان طهرها مدة تنقضي أيام الاحرام قبلها فالأحوط تقديم الطواف لجواز أن يأتي من حيضتها ما يخالف عادتها وان كانت لا تأمن تقدم حيضتها وهي ترتقب وروده أو كان أمد طهرها لا يلزم العادة فهذه التي لا خلاف في انها ممن كانت تقدمها عائشة للطواف يوم النحر مخافة الحيض عليها فكانت تقدمها للطواف ليكمل احرامها ولا يبقى عليها من عمل الحج ما يمنع الحيض منه وانما يبقى عليها المبيت بمنى ورمي الجمار وذلك لا ينافي الحيض وحل للكرى أن يأخذها بتقديم ذلك (فصل) وقولها فان حضن بعد ذلك لم تكن تنتظرهن تنفر بهن وهن حيض بريد كان جميع ما يبقى من الحج بعد طواف الافاضة يفعلنه في حال حيضهن فاذا أكملن ذلك نفرت بهن والله أعلم وأحكم

ص ✽ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر صفية ابنة حيي فقيل له انها قد حاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلها حابستنا فقالوا يارسول الله انها قد طافت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا اذا ✽ قال مالك قال هشام قال عروة قالت عائشة ونحن نذكر ذلك فلم يقدم الناس نساءهم ان كان ذلك لا ينفعهن ولو كان الذي يقولون لاصبح بمنى أكثر من ستة آلاف امرأة حائض كلهن قد أفضن ✽ ش قولها في الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر صفية بنت حيي يحتمل أن يكون ذلك سببا أن يخبر بأنها حاضت ولعله سأل عن ذلك من حالها اذ خفي عنه أمرها

(فصل) وقول عائشة رضي الله عنها فلم يقدم الناس نساءهم ان كان لا ينفعهن انكار على من يقول ان تقدم الافاضة لا ينفعهن فانهن لابد أن يبقين على طواف الوداع فقالت ولو لم يستصعب الرجوع الى بلادهن بتقديم الطواف لاتفق الناس على تقديم النساء من منى يوم النحر لطواف الافاضة ولكانوا يقتصرون على تأخير الطواف لان في تقديم طوافهن يوم النحر تكلفا ومشقة مع ما يلزم من سترهن وينقل من حملهن لكن لما علم الناس ان من حاضت منهن كان لها أن ترجع الى بلدها وان لم تقدر على طواف الصدر لأجل الحيض تكلفوا تلك المشقة وكانت أخف عليهم من البقاء معهن اذا حضن

(فصل) وقول عائشة رضي الله عنها ولو كان الذي يقولون لاصبح بمنى أكثر من ستة آلاف امرأة حائض بريد ان هذا يكثر على النساء فلو لم ينفعهن تقديم الافاضة لكثر من يقيم من النساء بمكة لاجل الحيض على طواف الصدر ولو لم ينفعهن ما قدمن من طواف الافاضة ولما عدم ذلك مع احتبال النساء في ذلك الزمان بأمر الدين وكثرة العلماء صح وثبت ان ذلك اتفاق من جميعهم على انه لا يلزمها مقام على طواف الصدر وانما يلزم المقام على طواف الافاضة لانه ركن من أركان الحج وفي ذلك ان عائشة جوزت الكلام على المسئلة واظهار وجه الصواب فيها بالرأي وان كانت قد حفظت من قول النبي صلى الله عليه وسلم في خبر صفية بنت حيي ان الافاضة قبل الحيض تبيح الانصراف لكنها مع ذلك أضافت الى ذلك بيان المعنى بعد الاثر

ص ✽ مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه ان أبا سلمة بن عبد الرحمن أخبره ان أم سليم ابنة ملحان استفتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد حاضت أو ولدت بعدما أفاضت يوم النحر فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت ✽ ش قولها ان أم سليم استفتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت قد حاضت أو نفست يوم النحر بعدما أفاضت

✽ وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة أم المؤمنين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر صفية بنت حيي فقيل له قد حاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلها حابستنا فقالوا يارسول الله انها قد طافت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا اذا ✽ قال مالك قال هشام قال عروة قالت عائشة ونحن نذكر ذلك فلم يقدم الناس نساءهم ان كان ذلك لا ينفعهن ولو كان الذي يقولون لاصبح بمنى أكثر من ستة آلاف امرأة حائض كلهن قد أفاضت ✽ وحدثني عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه ان أبا سلمة بن عبد الرحمن اخبره ان أم سليم بنت ملحان استفتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد حاضت أو ولدت بعدما أفاضت يوم النحر فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت

فاستفتته فيما يجوز لها من الخروج أو يلزمها من المقام حتى يكون آخر عهدها الطواف بالبيت فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت لما كانت قد أفاضت ص ﴿ قال مالك والمرأة تحيض بمنى تقيم حتى تطوف بالبيت لا بد لها من ذلك وان كانت قد أفاضت فحاضت بعد الافاضة فلتنصرف الى بلدها فانه قد بلغنا فى ذلك رخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم للحائض قال وان حاضت المرأة بمنى قبل أن تفيض فان كريها يحبس عليها أكثر مما يحبس النساء الدم ﴾ ش قوله انه قد بلغنى فى ذلك رخصة من النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث صفية وما أذن به لام سليم وسمى ذلك رخصة على عرف الفقهاء فيما أبيح لضرورة من جملة ممنوعة فاما ورد الامر فى الحاج والمعتمر أن يكون آخر عهدهما الطواف بالبيت واستثنى من ذلك الحائض سمى رخصة

(فصل) وقوله وان حاضت المرأة بمنى قبل أن تفيض فان كريها يحبس عليها بقدر ما يحكم للمرأة بانها حائض فاذا حكم لها بالاستحاضة اغتسلت وطافت ورجعت قال ابن وهب عن مالك تقيم الحائض أكثر ما يحبس النساء الحيض وتقيم النفساء أكثر ما يحبس النساء دمها

(فصل) وقوله فان كريها يحبس عليها هذا مذهب مالك وسواء علم بحملها أو لم يعلم وليس عليها أن تخبره بذلك رواه أشهب عن مالك فى العتبية والموازية (مسئلة) اذا ثبت أن الكرى يحبس عليها فقد قال مالك فى العتبية ولا أدرى هل تعينه النفساء فى العلف (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال أبو بكر بن محمد وقد قيل انها انما يحبس عليها كريها اذا كان الامن وأما فى هذا الوقت حيث لا أمن فى طريقه فهى ضرورة ويفسخ الكراء * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله ووجه ذلك عندى أن وقت الامن يجد ارفاق ويمكنه اذا طهرت أن يدخل الطريق ويسافر واذا كان الخوف لم يمكنه ذلك ويحتاج أن ينتظر القوافل والصحبة فتلحقه المشقة * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله تعالى ومثل هذا عندى فى المرأة التى لا محرم لها وانما يخرج فى الرفقة العظيمة المأمونة أو الرفقة التى فيها النساء فهذا أيضا مما لا يمكن وجود ذلك فى كل وقت فتحتاج الى الانتظار وأما ذات المحرم مع الطريق المأمون فلا يحتاج الى شئ من ذلك ولا يحبسها شئ غير حيضتها

﴿ فدية ما أصيب من الطير والوحش ﴾

ص ﴿ مالك عن أبى الزبير المكى أن عمر بن الخطاب قضى فى الضبع بكبش وفى الغزال بعنز وفى الارنب بعناق وفى اليربوع بجفرة ﴾ ش قوله أن عمر بن الخطاب قضى فى الضبع بكبش على معنى انه عدل له من النعم وأشبه النعم به قدرا وقضى فى الغزال بعنز على ذلك المعنى أيضا لان العنز أشبه النعم بالغزال وأقربها قدرا اليه والكبش والعنز مما يصح أن يهدى فجاز أن يكونا عوضا عن الضبع والغزال يهدى كل واحد منهما جزاء عن اصابة نظيره من الصيد كما قال تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة

(فصل) وقوله وفى الارنب بعناق وفى اليربوع بجفرة العناق الانثى من أولاد المعز اذا رعى وقوى والجفرة الانثى من أولادها اذا بلغت أربعة أشهر وفصل عن أمه وفرق عمر بين الارنب واليربوع فجعل فى الارنب عناقا وفى اليربوع جفرة وهى دون العناق وقد روى عنه أنه أفتى فى الضب بهدى والذى ذهب اليه مالك أن كل ما صغر عن أن يكون له نظير من النعم يهدى فانه ليس فيه الا

قال مالك والمرأة تحيض بمنى تقيم حتى تطوف بالبيت لا بد لها من ذلك وان كانت قد أفاضت فحاضت بعد الافاضة فلتنصرف الى بلدها فانه قد بلغنا فى ذلك رخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم للحائض قال وان حاضت المرأة بمنى قبل أن تفيض فان كريها يحبس عليها أكثر مما يحبس النساء الدم

﴿ فدية ما أصيب من الطير والوحش ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن أبى الزبير أن عمر بن الخطاب قضى فى الضبع بكبش وفى الغزال بعنز وفى الارنب بعناق وفى اليربوع بجفرة

وحدثني عن مالك عن عبد الملك بن قرير عن محمد ابن سيرين أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فقال إني أجريت أنا وصاحب لي فرسين نستبق الى ثغرة ثنية فاصبنا ظبيا ونحن محرمان فماذا ترى فقال عمر لرجل الى جنبه تعال حتى أحكم أنا وأنت قال فحكما عليه بعنز فولى الرجل وهو يقول هذا أمير المؤمنين لا يستطيع أن يحكم في ظبي حتى دعا رجلا يحكم معه فسمع عمر قول الرجل فدعاه فسأله هل تقرأ سورة المائدة قال لا قال فهل تعرف هذا الرجل الذي حكم معي فقال لا فقال عمر لو أخبرتني انك تقرأ سورة المائدة لأوجعتك ضربا ثم قال ان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وهذا عبد الرحمن ابن عوف

صيام وقال مالك في المبسوط لا يحكم في جزاء الصيد بجفرة ولا عناق ولا يحكم بدون المسن والدليل على ما نقوله قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة فقيد ذلك بالهدى فلا يصح أن يخرج في ذلك ما ليس بهدى لانه ليس من الجزاء الذى تضمنته الآية ودليلنا من جهة القياس أن هذا حيوان لا يكون بدله هديا فلم يكن له بدل من النعم أصل ذلك صغار الطير والحشرات (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد اختلف أصحابنا في الارنب وفي اليربوع ففي كتاب ابن حبيب عن مالك في كل واحد منهما عنز وروى عنه ابن عبد الحكم ليس فيهما دون الظبي الا الطعام أو الصيام وجه قول ابن حبيب أنه انما راعى المثل في جزاء الصيد من جهة القدر والصورة وقد وجد في اليربوع المثل من جهة الصورة فوجب أن يطلب أقرب المثل اليه من جهة القدر كما نفعل ذلك في صغار الوحش فانه لما كان له مثل من جهة الصورة لم يراع القدر فحكمنا في صغير النعام بما يحكم فيه بكبيره وهي البدنة مع تفاوت ما بينهما في القدر ووجه رواية ابن عبد الحكم أن الصفة والقدر يجب أن يراعيا في الجنس فاذا كان الشبه يقرب من جهة الصورة والشبه يقرب من جهة القدر في الجنس حكمنا فيه بالمثل واذا تفاوت في القدر في جملة الجنس وجب أن لا يحكم فيه بمثل كما لا يحكم في صغار الطير والحشرات ولا يدخل على هذا صغار ماله مثل لان الشبه من جهة الصورة والقدر قد وجد في الجنس ص ﴿ مالك عن عبد الملك بن قرير عن محمد بن سيرين أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فقال اني أجريت أنا وصاحب لي فرسين نستبق الى ثغرة ثنية فأصبنا ظبيا ونحن محرمان فماذا ترى فقال عمر لرجل الى جنبه تعال حتى أحكم أنا وأنت قال فحكما عليه بعنز فولى الرجل وهو يقول هذا أمير المؤمنين لا يستطيع أن يحكم في ظبي حتى دعا رجلا يحكم معه فسمع عمر قول الرجل فدعاه فسأله هل تقرأ سورة المائدة قال لا قال فهل تعرف هذا الرجل الذي حكم معي فقال لا فقال عمر لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لاوجعتك ضربا ثم قال ان الله تعالى يقول في كتابه يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وهذا عبد الرحمن بن عوف ﴾ ش قوله أجرينا فأصبنا ظبيا ونحن محرمان فماذا ترى يحتمل أن يكون مستفتيا ويحتمل أن [illegible] ن يطلب الحكم عليه اذا اعتقد أن الواحد يصح حكمه في ذلك

(فصل) واستدعاء عمر بن الخطاب الرجل الذى الى جنبه أن يحكم معه امتثال لقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم وهو مذهب مالك أنه لا يجوز أن يحكم فيه أقل من رجلين وبه قال الشافعي ولا يجوز أن يكون المحكوم عليه أحدهما وقد تقدم الكلام فيه بما يغني عن اعادته ههنا

(فصل) وقوله فحكما عليه بعنز يريد أنه اختار المثل ولذلك حكما عليه بعنز يهديها لانها أقرب الانعام شبها وقدرا بالظباء فظن المحكوم عليه أنه انما استدعى من يحكم معه لعجزه عن الحكم في قضيته مفردا حتى يعينه عليها الرجل الذى استدعاه للحكم معه

(فصل) وقول عمر له هل تقرأ سورة المائدة خص سورة المائدة بالسؤال عنها لما كان الحكم فيها دون غيرها من السور وهو قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم وسأله هل تعرف الرجل الذى معه لما كان مشهورا بالعدالة والعلم والأمانة وان كل من عرف عينه عرف عدالته

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه لو أخبرتني انك تقرأ سورة المائدة لأوجعتك ضربا اعلام له بانه قد عذره لجهله لما لم يقرأ السورة التي فيها شأن هذه الحكومة وقال له لو أخبرتني انك تقرأ سورة المائدة لأوجعتك ضربا ويحتمل انه كان يوجعه ضربا لما أظهر من مخالفته التنزيل ان كان فهم

الحكم أولا عراضه عن تفهم القرآن ان كان أعرض عن النظر فى الآية والتفهم لها قبل ذلك ان كان من العرب الذين لا يخفى عليهم معناها مع الاهتبال به وقد يعذر الجاهل عند موافقة مثل هذا مما لم يستبن حكمه ولا يتكرر تكرر الصلوات والطهارات

(فصل) وقوله بعد هذا ان الله تعالى يقول فى كتابه يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وهذا عبد الرحمن بن عوف اعلام له بالمعنى الذى أوجب عليه مشاركة عبد الرحمن بن عوف له فى هذا الحكم وهو أمره تعالى بأن يحكم به ذوا عدل ثم أعلمه أن الذى حكم معه عبد الرحمن بن عوف فان كان السائل قد سمع بذكر عبد الرحمن قبل ذلك فقد عرف عدالته وان لم يسمع بذكره قبل ذلك فانه فى أيسر وقت يسأل فيخبر بعدالته وامامته واشتهار علمه ولذلك قال له وهذا عبد الرحمن بن عوف فنص على اسمه الذى يمكن السائل أن يكون قد سمع به لشهرته وعلو ذكره أو يسأل عنه ولو أراد الاخبار عن عدالته فقط لقال وهذا عدل

(فصل) وقوله وأوجب عمر عليهما الجزاء وان كانا لم يباشرا قتل الصيد وانما قتلته خيلهما لكن لما كانت خيلهما محمولة باختيارهما كانت بمنزلة ما لو رمياه بما أو حجر افقتلاه به وقد روى ابن المواز عن مالك فيمن قاد دابة أو ساقها أو ركبها انهما أصابت فى ليل أو نهار فعليه جزاؤه وكذلك لو ضربها فضربت صيدا فقتلته وما أصابت بيدها أو رجلها من غير قياد ولا سياق ولا ركوب فلا شئ عليه

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة ان أباه كان يقول فى البقرة من الوحش بقرة وفى الشاة من الظباء شاة ﴾ ش قوله فى البقرة من الوحش بقرة وفى الشاة من الظباء شاة يريد بقرة وشاة من بهيمة الانعام فأخبرا ان البقرة من بهيمة الانعام مثل البقر الوحشى وان الشاة من بهيمة الانعام مثل الشاة من الظباء وهو تمثيل صحيح لانهما أشبه الانعام بهما صورة وقدرا ولكن كان ذلك من اعادة الحكم فيهما اذا أصاب أحدهما محرم ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه كان يقول فى حمام مكة اذا قتل شاة ﴾ ش قوله فى حمام مكة اذا قتل شاة يريد ان حمام مكة مخصوص بذلك لتأكد حرمته وهذا يمنع أن يكون فى اليربوع شاة لان ذلك كان يقتضى أن يكون فى كل حمامة شاة اذا اعتبر القدر لان الحمام أكبر من اليربوع وأعظم خلقة وأكثر لحما وادا ودى فى اليربوع شاة فبأن يجب ذلك فى كل حمام أولى ولا يجب فى سائر الحمام غير حمام مكة أو الحرم غير الاطعام أو الصيام ولم يجب فى ذلك هدى فبأن لا يجب فى اليربوع أولى وقد تقدم الكلام فى حمام مكة بما يغنى عن اعادته ص ﴿ قال مالك فى الرجل من أهل مكة يحرم بالحج أو بالعمرة وفى بيته فراخ من حمام مكة فيغلق عليها فتموت فقال أرى بأن يفدى ذلك عن كل فرخ بشاة ﴾ ش ومعنى ذلك أن تكون الفراخ فى بيت الرجل فاذا أحرم بعمرة أو حجة اقتضى ذلك غلق باب بيته والتغيب منه مدة تهلك الفراخ فى مثلها لتعذر وصول الابوين بالشبع اليها فان عليه جزاء كل فرخ منها شاة لان فى صغار كل حيوان من الجزاء مثل ما فى كفارته وهذا حكم من فعل ذلك وهو غير محرم وذلك لان قتل الحمام فى الحرم مما يجب به الجزاء وانما خص المحرم بما ذكرناه فى مسئلة مالك لان احرامه كان سبب مغيبه ولو سافر عن بيته فى غير احرام وأغلق عليها بابه فهلكت لوجب عليه مثل ذلك ص ﴿ قال مالك ولم أزل أسمع ان فى النعامة اذا قتلها المحرم بدنة قال مالك أرى فى بيضة النعامة عشر ثمن البدنة كما يكون فى جنين الحرة غرة عبد أو وليدة * قال مالك وقيمة الغرة خمسون دينارا وذلك عشر دية أمه ﴾ ش قوله ولم أزل أسمع ان فى النعامة بدنة يريد ان ذلك شائع قديم تكرر حكم الأئمة وفتوى العلماء به وقولهم لذلك

وحدثنى عن مالك عن هشام بن عروة ان أباه كان يقول فى البقر من الوحش بقرة وفى الشاة من الظباء شاة * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه كان يقول فى حمام مكة اذا قتل شاة وقال مالك فى الرجل من أهل مكة يحرم بالحج أو العمرة وفى بيته فراخ من حمام مكة فيغلق عليها فتموت فقال أرى بأن يفدى ذلك عن كل فرخ بشاة قال مالك لم أزل أسمع ان فى النعامة اذا قتلها المحرم بدنة قال مالك أرى أن فى بيضة النعامة عشر ثمن البدنة كما يكون فى جنين الحرة غرة عبد أو وليدة وقيمة الغرة خمسون دينارا وذلك عشر دية أمه

قال مالك وكل شئ من النسور أو العقبان أو البزاة أوالرخم فانه صيد يودى كما يودى الصيد اذا قتله المحرم وكل شئ فدى ففى صغاره مثل ما يكون فى كباره وانما مثل ذلك مثل دية الحر الصغير والكبير فهما بمنزلة واحدة سواء

﴿ فدية من أصاب شيأ من الجراد وهو محرم ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فقال يا أمير المؤمنين انى أصبت جرادات بسوطى وأنا محرم فقال له عمر أطعم قبضة من طعام * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فسأله عن جرادات قتلها وهو محرم فقال عمر لكعب تعال حتى نحكم فقال كعب درهم فقال عمر لكعب انك لتجد الدراهم لتمرة خير من جرادة

تكرر اشاعة واذاعة ومع ذلك فانه لا يجوز اخراجها الا بعد الحكم بها وتكرر الاجتهاد فى ذلك وقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله ان فى بيضة النعامة عشر ثمن البدنة وذلك انه لا يخرج فيها جزاء من النعم وان كانت قيمة عشر البدنة أكثر من قيمة عنز لانه لا مثل لها فى النعم وانما جزاؤها عشر قيمة البدنة التى هى جزاء النعامة وبين مالك ذلك بأن ما قاله قياسا على دية الجنين غرة قيمتها خمسون دينارا وهى عشر دية الحرة لان ديتها خمسمائة دينار وقد تقدم الكلام فى ذلك ص ﴿ قال مالك وكل شئ من النسور أو العقبان أو البزاة أو الرخم فانه صيد يودى كما يودى الصيد اذا قتله المحرم ﴾ ش قوله ان كل شئ من النسور أو العقبان أو الرخم أو البزاة فانه صيد يريد انه وان كان يأكل الجيف فانه لا يجرى مجرى الحدأة والغربان فى استباحة المحرم قتله وان كان منه ما يتأنس ويصاد فانه لا يجرى مجرى الانسى ولا يجرى الا مجرى الوحشى الذى يجب على المحرم الجزاء بقتله فما كان منه له مثل من النعم خير بين مثله أو الاطعام وما لم يكن له مثل خير بين الاطعام أو الصيام ص ﴿ قال مالك وكل شئ فدى ففى صغاره مثل ما يكون فى كباره وانما مثل ذلك مثل دية الحر الصغير والكبير فهما بمنزلة واحدة سواء ﴾ ش قوله كل شئ فدى ففى صغاره مثل ما فى كباره تقرير لهذا الحكم وهذا كما قال ان كل ما يفديه المحرم فانه يجب فى صغاره مثل ما يجب فى كباره لان طريق ذلك كفارة كقتل الخطأ يجب من الكفارة بقتل الصغير مثل ما يجب بقتل الكبير وبين ذلك بان دية الحر الصغير والكبير سواء فمثل ذلك بالفدية وتمثيله بالكفارة أولى لما قدمناه وبه قال عمر وابن عمر وقال الشافعى انما يخرج فى فرخ النعامة فصيلا وفى صغير ولد الضبع صغيرا من ولد النعم وفى جحش حمار الوحش عجلا وأما أبو حنيفة فانه انما يوجب فى ذلك كله القيمة والدليل على ما نقوله قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم الى قوله هديا بالغ الكعبة فقيد ذلك بما يصح أن يكون هديا ومن جهة المعنى ان هذا مبنى على مذهبنا بانه انما يخرج على وجه الكفارة فنقول لانه حيوان نخرج باسم التكفير فلم يختلف باختلاف المتلف فى الصغر والكبر كالعتق فى كفارة القتل

﴿ فدية من أصاب شيأ من الجراد وهو محرم ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم ان رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فقال يا أمير المؤمنين انى أصبت جرادات بسوطى وأنا محرم فقال له عمر أطعم قبضة من طعام * مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلا جاء الى عمر ابن الخطاب فسأله عن جرادة قتلها وهو محرم فقال عمر لكعب تعال حتى نحكم فقال كعب درهم فقال عمر لكعب انك لتجد الدراهم لتمرة خير من جرادة ﴾ ش قول عمر أطعم قبضة من طعام يريد انها أخف عليه من غير ذلك وهى تجزئ عن الجراد وكذلك يقول مالك من أصاب جرادة فعليه قبضة طعام * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وعندى أنه لو شاء الصيام لحكم عليه بصيام يوم الا أن يمنع من ذلك اجماع وانما سارع الفقهاء الى إيجاب قبضة من الطعام لعلمهم أنها أسهل على من أصاب الجرادة من صيام يوم فاستغنى فى ذلك عن الاعلان بالتخيير (مسئلة) وهذا حكم الذباب وغير ذلك من الحشرات من أصاب شيأ من ذلك وداه وقال الشافعى فى الخنافس والجعلان وبنات وردان والعصا وما جرى مجرى ذلك قتله مباح ولا شئ عليه ان قتلها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهذا حكم من تعمد قتلها وأصابها خطأ وهو بمكة لعسر التحرز منها ولذلك لم يسأله عمر هل أصاب الجرادة خطأ أو عمدا

ولا كان فى سؤاله بيان ذلك فدل على تساوى الحكم عند عمر وأما المحرم يطأ ببعيره الجراد لانه يكثر فى الطريق فلا يمكن التحرز منه فقد روى ابن المواز عن ابن وهب عن مالك ليس على الناس فى ذلك شئ مالم يتعمدوا وقال مالك مثل ذلك وقد سئل عن الذباب لا يستطاع الاحتراز منه لكثرته فيها المحرم يمشى على بعضه فيقتله يطعم وجه القول الأول وهو اختيار ابن عبد الحكم ان الضرورة اذا كانت عامة ولم يمكن احتراز منها لغلبتها وكثرتها فانه يسقط حكم المنع بها ويبيح القتل واذا كان القتل مباحا على العموم سقط الفداء به كقتل عادية السباع ووجه القول الثانى ان المحرم اذا أصاب الصيد لزمه الجزاء وان لم يقدر على التحرز منه كما لو قتله خطأ (مسئلة) ومتى وجب بذلك الاطعام فهل يجوز دون حكومة قال محمد يحكم به ذوا عدل * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وعندى أن هذا معنى قول عمر لكعب تعال حتى نحكم فان أخرج ذلك دون حكم فعليه أن يعيد ووجه ذلك ان هذا مما يلزم المحرم به الجزاء فلم يصح اخراجه الا بحكم الحكمين أصل ذلك جزاء الصيد

(فصل) وقوله لكعب لما أراد أن يحكم فى الجرادة بدرهم انك لتجد الدراهم انكارا عليه لتسامحه بالدراهم وايجابها فى غير موضعها فعل من كثرت دراهمه وهانت عليه والحكم فى جزاء الصيد أيضا يجب أن يتحرى ويجتهد فيما يحكم به ويترك التسامح والحكم بأكثر من الواجب كما يترك الحكم بأقل منه ثم قال عمر لتمرة خير من جرادة يريد أنها تجزئ عنها لانها أفضل منها وأنفع لأ كلها من الجرادة وأكثر ثمنا لمن أراد بيعها وفى هذا أن الحكمين اذا اختلفا لم يلزم قول واحد منهما ويجب أن يستأنف الحكم ولعل كعبا قد رجع الى موافقة عمر رضى الله عنه فى قوله ان التمرة خير من الجرادة ثم حكما بذلك لان قول عمر انها خير منها ليس فى ذلك حكم بالتمرة وانما هو مخالفة لكعب أو لعل عمر قد استدعى غير كعب للحكم معه واستدعاء عمر رضى الله عنه كعبا للحكم معه دليل على عدالته عنده لانه لو لم يكن عنده عدلا لما جاز أن يحكمه فى مثل هذا والله تعالى يقول فى كتابه يحكم به ذوا عدل منكم

﴿ فدية من حلق قبل أن ينحر ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الكريم بن مالك الجزرى عن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن كعب بن عجرة أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما فأذاه القمل فى رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه وقال صم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين مدين مدين لكل انسان أو انسك بشاة أى ذلك فعلت أجزأ عنك ﴾ ش قوله انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما يريد انه كان معه محرما وكان ذلك فى عمرة الحديبية فأذاه القمل فى رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه والأمر وان كان يقتضى الوجوب أو الندب ولا تكون الاباحة أمرا فقد يحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم ندبه الى ذلك ورآه الأفضل له فقد نهى الانسان عن أذى نفسه وتحمل المشقة الخارجة عن العادة المؤذية التى لا يطيقها الانسان غالبا فى العبادات ولذلك كره من الحولاء بنت تويت أن لا تنام الليل وقد قال صلى الله عليه وسلم أكلفوا من العمل ما تطيقون

(فصل) وقوله صم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين أو انسك بشاة على وجه التخيير له فى أن يفعل أى ذلك شاء وبين ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم أى ذلك شئت فعلت (مسئلة) والنسك ههنا

﴿ فدية من حلق قبل أن ينحر ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن عبد الكريم بن مالك الجزرى عن عبد الرحمن ابن أبى ليلى عن كعب بن عجرة انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما فاذاه القمل فى رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه وقال صم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين مدين مدين لكل انسان أو انسك بشاة أى ذلك فعلت أجزأ عنك

من بهيمة الأنعام دون غيرها قال ابن المواز يجوز أن ينسك بدنة أو بقرة وقد نص في الحديث على الشاة لان ذلك أدنى مايجزى ولا يقلد النسك ولا يشعر ولا يساق من حل الى حرم الا أن يريد أن يجعله هديا فان له ذلك ويكون حكمه حكم الهدى به (مسئلة) والاطعام مدين مدين لكل مسكين على ماورد في الحديث فلا يقصر عنه وقال مالك في المدونة انما اليه مدان لكل مسكين من عيش البلد شعير أو بر وقال ابن المواز يجزئه الشعير ان كان طعامه حينئذ وان كان طعامه ذرة نظر الى مايجزئه من القمح فزيد في الذرة حتى يبلغ بذلك اجزاء الحنطة في الشبع ووجه ذلك ان الشعير عنده من جنس القمح فما كان قوته أخرج منه كما يخرج عن الضأن والماعز الاغلب منهما لما كانتا من جنس واحد ولا يخرج عن أحدهما بقرا ولا غيرها مالم يكن من الجنس ص ﴿ مالك عن حميد ابن قيس عن مجاهد بن الحجاج عن ابن أبي ليلى عن كعب بن عجرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعلك أذاك هوامك فقلت نعم يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين أو انسك بشاة ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم لعلك أذاك هوامك يريد القمل فهو هوام الانسان المختص بجسده فلما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم كثرتها سأله عن تأذيه بها فأعلمه بذلك فقال له احلق رأسك يحتمل أن يكون ذلك على وجه الندب على ماتقدم ويحتمل أن يكون على وجه الاباحة ثم أعلمه بما يلزمه في حلق رأسه وهي الفدية وهذا يدل على ان ازالة القمل عن رأس الانسان ممنوع ومما يجب به الفدية والا فقد كان يأمره بمشط رأسه واستعمال مايقتلها أو يزيلها مع بقاء شعره لكن لما كانت الضرورة تبيح الامرين لانه انما تجب بازالتها في حال واحدة فدية واحدة وهو أقرب تناولا فيما يريد وأعم منفعة وراحة أمره بالحلاق (مسئلة) وهذا حكم ازالة القمل عن الجسد في المنع منه وقال الشافعي ان أخذ القملة من الجسد مباح ولا شئ فيه وفي أخذها من الرأس الفدية بشئ لا لاجل القملة ولكن لانه ترفه بأخذ الهوام من رأسه وأزال الاذى والدليل على مانقوله ان هذا أزال قلة من حبسها لغير ضرورة فكان ممنوعا من ذلك يجب به عليه فدية أصل ذلك اذا أخذها من رأسه (مسئلة) وهذا لمن قصد ازالة الشعر فأما من لم يقصد ازالته وانما قصد الى فعل آخر فكان سببا لتساقط شعر من لحيته أو رأسه فلا فدية فيه وقد روى محمد فيمن سقط من شعر رأسه شئ لحمل متاعه أو جر يده على لحيته فتساقط منها الشعرة أو الشعرتان أو اغتسل تبردا فتساقط منه شعر كثير لا شئ عليه ووجه ذلك انه لم يقصد ازالته ولو امتنع من كل مايجر ذلك ويسببه لامتنع من أكثر التصرف والوضوء والغسل والركوب ومسح الوجه فاذا كانت مباحة لعدم الضرورة اليها وكان المعتاد تساقط الشعر بها استعمال أن يجب شئ بذلك ص ﴿ مالك عن عطاء بن عبد الله الخراساني انه قال حدثني شيخ بسوق البرم بالكوفة عن كعب بن عجرة انه قال جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أنفخ تحت قدر لأصحابي وقد امتلأ رأسي ولحيتي قملا فأخذ بجبهتي ثم قال احلق هذا الشعر وصم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم علم أنه ليس عندي ما أنسك به ﴾ ش قوله جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتمل أن يكون مر به في طريقه لامر ما ويحتمل أن يكون قصده على مايفعل المتواضع من زيارة أصحابه وتفقد أحوالهم ولعله قد بلغه مابلغ به من الهوام فقصده لذلك ليحقق حال ضرورته ويأمره بما يجب له وعليه في ذلك وتناول كعب بن عجرة النفخ تحت القدر لاصحابه مسارعة الى خدمتهم فان الاجر في خدمة الرفقاء جزيل ولا يمتنع المحرم من ذلك وان خاف أن يلحق لهب النار شعره وقد كره مالك

* وحدثني عن مالك عن حميد بن قيس عن مجاهد أبي الحجاج عن ابن أبي ليلى عن كعب بن عجرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له لعلك أذاك هوامك فقلت نعم يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين أو انسك بشاة * وحدثني عن مالك عن عطاء بن عبد الله الخراساني انه قال حدثني شيخ بسوق البرم بالكوفة عن كعب بن عجرة انه قال جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أنفخ تحت قدر لاصحابي وقد امتلأ رأسي ولحيتي قملا فأخذ بجبهتي ثم قال احلق هذا الشعر وصم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم علم انه ليس عندي ما أنسك به

في المبسوط فيمن نفخ تحت قدر أو أدخل يده في التنور فأحرق شعره لهب النار انه لاشيء عليه ووجه ذلك ماذكرناه

(فصل) وقوله فأخذ بجبهتي وقال احلق هذا الشعر يريد ما على جبهته من شعر رأسه وأخذه بذلك على سبيل التأنيس له ولعله أراد بذلك رفع الاشكال لانه لو قال له احلق شعر رأسك لجوز أن يدخل فيه غير شعر الرأس وكذلك لو قال احلق شعر رأسك لجوز أن يكون اسم الرأس مقصورا على جارحة مخصوصة أو يتعدى ذلك الى مايدخل تحت اسم الرأس على وجه التبع كالوجه وغيره فأزال الاشكال بأن أشار له الى مايباح له حلقه وهو شعر رأسه

(فصل) ولم يذكر في هذا الحديث الا أنه أمره بالاطعام والصيام ولم يذكر النسك قال وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم علم أنه ليس عندي ما أنسك به يريد انه لذلك لم يأمره بالنسك لما علم من حاله وقد تقدم من حديث عبد الكريم الجزري ومجاهد انه نص على النسك بالشاة ويحتمل أن يجمع بين الحديثين فان عبد الكريم ومجاهدا رويا حكم من حلق في الجملة دون تعيين أحد وحكى عطاء بن عبد الله ما أمر به كعب بن عجرة في خاصة نفسه ويحتمل أن يكون أراد كعب أن النبي صلى الله عليه وسلم قد علم انه ليس عندي ما أنسك به الا أنه ذكر لي حكم النسك ليبين بذلك حكم من هو عنده ص ﴿قال مالك في فدية الأذى ان الأمر فيه ان أحدا لا يفتدي حتى يفعل ما يوجب عليه الفدية وان الكفارة انما تكون بعد وجوبها على صاحبها وانه يضع فديته حيثما شاء نسك أو صيام أو صدقة بمكة أو بغيرها من البلاد﴾ ش ومعنى ذلك ان الفدية انما هي عن اماطة الاذى فما لم يمطه لم تجب عليه فدية ولا وجد سبب وجوبها فلا يجزئ عنه كما لا يجزئ اخراج الهدي قبل تجاوز الميقات بالاحرام ولا بالقضاء في الحج قبل الفوات ولا قبل الافساد ولا الكفارة في الصوم قبل افساده

(فصل) وقوله وان الكفارة انما تكون بعد وجوبها على صاحبها وذلك يحتمل وجهين أحدهما أن يريد كفارة اليمين فقاس فدية الاذى عليها في المنع والثاني أن يريد ان فدية الأذى كفارة فلا يجوز اخراجها قبل وجوبها فنبه بذلك على أن هذا حكم جميع الكفارات وان الفدية من جملة الكفارات فلا يجوز اخراجها حتى تجب فهذا مطرد على رواية منع اخراج كفارة اليمين قبل الحنث وأما على رواية اجازة ذلك في كفارة اليمين فالفرق بينهما ان كفارة الفدية لم يوجد سببها وكفارة اليمين قد وجد سببها وهو اليمين وانما جعلت الكفارة لحل اليمين كالاستثناء فوازن فدية الأذى من اليمين أن يكفر قبل يمينه فانه لا يجزئه قولا واحدا

(فصل) وقوله ويجعل فديته حيثما شاء النسك أو صيام أو صدقة بمكة أو بغيرها من البلاد ظاهر هذا اللفظ يقتضي أن له اخراج أي شيء من ذلك حيث شاء من البلاد فأما النسك فان الغرض فيه اراقة دمه وايصال لحمه الى من يستحقه فلا تعلق له بوقت ولا مكان وانما يتعلق بالفعل خاصة فلذلك جاز أن يذبح ليلا ونهارا كشاة الزكاة لا يتعلق اخراجها بوقت ولا مكان وبهذا فارقت الأضحية والعقيقة فانها متعلقة بوقت والهدي معلق بوقت ومكان ص ﴿قال مالك لا يصلح للمحرم أن ينتف من شعره شيأ ولا يحلقه ولا يقصره حتى يحل الا أن يصيبه أذى في رأسه فعليه فدية كما أمره الله تعالى ولا يصلح له أن يقلم أظفاره ولا يقتل قلة ولا يطرحها من رأسه الى الارض ولا من جلده ولا من ثوبه فان طرحها المحرم من جلده أو من ثوبه فليطعم حفنة من طعام﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز للمحرم أن ينتف من شعره شيأ ولا يقصر لانه ازالة الأذى الشعر واماطة له وذلك مما يمنع منه الاحرام كالحلاق وقد قال

* قال مالك في فدية الاذى ان الامر فيه ان أحدا لا يفتدي حتى يفعل ما يوجب عليه الفدية وأن الكفارة انما تكون بعد وجوبها على صاحبها وانه يضع فديته حيثما شاء النسك أو الصيام أو الصدقة بمكة أو بغيرها من البلاد * قال مالك لا يصلح للمحرم أن ينتف من شعره شيأ ولا يحلقه ولا يقصره حتى يحل الا أن يصيبه أذى في رأسه فعليه فدية كما أمر الله تعالى ولا يصلح له أن يقلم أظفاره ولا يقتل قلة ولا يطرحها من رأسه الى الارض ولا من جلده ولا من ثوبه فان طرحها المحرم من جلده أو من ثوبه فليطعم حفنة من طعام

تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله ثم قال الا أن يصيبه أذى في رأسه فعليه فدية كما أمره الله تعالى يريد قوله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك
(مسئلة) وهذه حاله في جميع الاحرام حتى يحل من عمرته أو حجه فاذا حل من عمرته أو حجه حل له الحلاق ونتف الشعر وقصه

(فصل) وقوله ولا يصلح له أن يقلم أظفاره يريد أن تقليم الاظفار من محظورات الاحرام لانه من القاء التفث وازالة ما جرت العادة بالتنظيف بازالته كحلق الشعر وقصه من الرأس والشارب فمن فعل شيأ من ذلك فعليه الفدية لانه ممنوع لحرمة الاحرام بالنسك كحلق الشعر

(فصل) وقوله ولا يقتل قملة ولا يطرحها من رأسه الى الارض ولا من جلده ولا من ثوبه فان طرحها فليطعم حفنة من طعام وذلك انه ممنوع من قتل شئ من الحيوان وممنوع من طرح القمل عن جسده لانها من دواب الجسد فلا يطرحها عن شئ من جسده رأس ولا غيره ولا عن ثوب يكون على جسده مما يلبسه لان ذلك من باب قتله وقد تقدم دليلنا على الشافعي في اجازة طرحها عن جسده بما يغني عن اعادته ههنا فأما من لم يكن من دواب جسده كالنمل وغيره فان له طرحه عن جسده وانما وجب عليه حفنة من طعام في قتل القملة لقلة ما طرح منها وانه لم يبلغ مبلغ اماطة الأذى ولو جهل فنقى رأسه أو ثوبه حتى ينتفع بذلك لكان عليه الفدية وأما اذا قتل قلة أو قلات فانه يطعم حفنة أو حفنات من طعام وما أطعم أجزأه قاله ابن حبيب ووجه ذلك ان من أزال عن نفسه القمل الكثير الذي ينتفع بازالته وينقى جسمه منه فعليه الفدية لان النبي صلى الله عليه وسلم في قصة كعب بن عجرة لما رأى عليه الهوام فقال أتؤذيك هوامك فأباح له الحلاق وأمره بالفدية لانه أزال عن نفسه أذى الهوام وأما اذا لم يزل منه الا اليسير الذي لا يستضر به لعلة ولا ينتفع بازالته لكثرة ما يبقى عليه منه فليس عليه فيه الا اطعام شئ على ما ذكر لانه لم يزل أذاه ص ﴿ قال مالك ومن نتف شعرا من أنفه أو من ابطه أو طلى جسده بنورة أو يحلق عن شجة في رأسه لضرورة أو يحلق قفاه لموضع المحاجم وهو محرم ناسيا أو جاهلا ان من فعل شيأ من ذلك فعليه في ذلك كله الفدية ولا ينبغي له أن يحلق موضع المحاجم ﴾ ش قوله ومن نتف شعرا من أنفه أو من ابطه يريد أن يسير ذلك وكثيره اذا قصد اليه سواء تجب بذلك كله الفدية لانه من اماطة الاذى ومما جرت العادة بالتنظيف بازالته وازالة مثله وأما ما لا يقصد الى نتفه وانما يقصد الى غير ذلك مثل أن يريد نزع مخاط يابس من أنفه فتتقلع معه شعرات ففي المبسوط عن مالك لا شئ عليه

(فصل) وقوله أو طلى جسده بالنورة على ما ذكره لانه لا فرق بين ازالته الشعر عن جسده بنتف أو حلق أو طلاء نورة أو غير ذلك اذا كان قاصدا الى ازالته ومن طلى جسده بنورة فقد قصد ازالة الشعر فكانت عليه فدية

(فصل) وقوله أو حلق مواضع محاجه يريد أن عليه الفدية ان حلق لها شعرا ولا فرق بين أن يفعل ذلك لضرورة أو غيرها الا ان اماطة الأذى لا تختلف بالضرورة في وجوب الفدية (مسئلة) وأما الحجامة فقد قال ابن حبيب عن مالك لا شئ عليه فيها وان كان يكرهها ما لم يحلق شعرا وقال سحنون لا بأس بها ما لم يحلق شعرا لها ووجه قول مالك ان المحاجم اذا كانت في موضع شعر فانه بالحجم ينقطع كثير منه ووجه قول سحنون انه غير قاصد الى قطعه وقد أمن من قتل الهوام فلو كانت المحاجم في الرأس ولم يحلق لها شعرا فقد قال سحنون انه مخالف للحجامة في غير الرأس لما يخاف أن يقتل من الدواب

* قال مالك ومن نتف شعرا من أنفه أو من ابطه أو اطلى جسده بنورة أو يحلق عن شجة في رأسه لضرورة أو يحلق قفاه لموضع المحاجم وهو محرم ناسيا أو جاهلا أن من فعل شيأ من ذلك فعليه الفدية في ذلك كله ولا ينبغي له أن يحلق موضع المحاجم

(فصل) وقوله ان من فعل شيأ من ذلك ناسيا أو جاهلا فعليه الفدية على ما قدمنا من أن حكم النسيان والعمد فيما يعود الى اماطة الاذى والى محظورات الاحرام كلها سواء وقد دللنا على ذلك بما يغني عن اعادته

(فصل) وقوله ولا ينبغي له أن يحلق موضع المحاجم يحتمل وجهين أحدهما انه لا ينبغي أن يحلق ذلك للاحتجام الا للضرورة لان اماطة الأذى لا تفعل وان فدى الا لضرورة والثاني أن حلق الشعر في الجملة محظور على المحرم وان هذا من جملته فأخبر ان حكمه حكم سائر شعر الجسد والله أعلم ص ﴿قال مالك ومن جهل فحلق رأسه قبل أن يرمي الجمرة افتدى﴾ ش وهذا كما قال ان من جهل فحلق رأسه قبل أن يرمي الجمرة فعليه الفدية لانه حلق قبل أن يتحلل من شيء من احرامه وأول التحلل رمي جمرة العقبة فاذا رماها فقد وجد منه تحلل من احرامه واذا لم يرم لم يوجد منه تحلل فلا يجوز له الحلق وكذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رمى جمرة العقبة ثم نحر هديه ثم حلق وقد تقدم الكلام فيه بما يغني عن اعادته

﴿ ما يفعل من نسي من نسكه شيأ ﴾

ص ﴿ مالك عن أيوب بن أبي تميمة السختياني عن سعيد بن جبير ان عبد الله بن عباس قال من نسي من نسكه شيأ أو تركه فليهرق دما قال أيوب لا أدري أقال ترك أو نسي ﴾ ش قوله رضي الله عنه من ترك من نسكه شيأ أو نسيه فليهرق دما يريد مما هو مشروع في نسكه وذلك ان النسك على ثلاثة أضرب ضرب هو ركن من أركانه وهو الاحرام والطواف والسعي في العمرة وفي الحج الاحرام والطواف والسعي والوقوف بعرفة هذا على المشهور من المذهب وزاد عبد الملك بن الماجشون رمي جمرة العقبة يوم النحر فهذا من ترك شيأ منه لم يصح نسكه وكان عليه اتمامه ولا يجزئه عنه دم ولا غيره وضرب ثان وهو موجبات الحج وليس بركن من أركانه كالاحرام من الميقات لمن مر به مريدا للنسك وطواف الورود لغير المراهق والمبيت بالمزدلفة للحاج ورمي الجمار كلها على المشهور من المذهب أو رمي الجمار في أيام التشريق على ما تقدم من مذهب ابن الماجشون والمبيت بمنى ليالي منى فهذه التي أراد عبد الله بن عباس بقوله في هذا الحديث وقد تأول مالك في ذلك وفيما يوجب الفدية من اللباس والطيب وما يجري مجرى ذلك مما سيأتي بيانه ان شاء الله تعالى والضرب الثالث ليست من واجبات الحج وانما هي من أحكامه المشروعة فيه على وجه الندب والاستحباب كالخروج الى منى يوم التروية قبل الزوال وصلاة الظهر والعصر بها وصلاة المغرب والعشاء والمبيت بها ثم صلاة الصبح بها يوم عرفة والمقام بالمزدلفة حتى يصبح وتقديم الرمي على الذبح وتقديم الذبح على الحلاق ورمي الجمرتين الأوليين من أعلاهما والوقوف عندهما وما جرى مجرى ذلك فهذه كلها مشروع الاتيان بها مندوب اليها فمن تركها أو نسيها فقد ترك الافضل وليس عليه في ذلك دم ولا غيره ص ﴿ قال مالك ما كان من ذلك هديا فلا يكون الا بمكة وما كان من ذلك نسكا فهو يكون حيث أحب صاحب النسك ﴾ ش قوله ما كان من ذلك هديا يريد أن ما لزم بشيء من ذلك من الهدي على ما تقدم تفسيره في الحديث قبل هذا فلا يكون الا بمكة لأن الهدايا لا تكون الا بمكة قال الله تعالى هديا بالغ الكعبة فلا يجوز ان ينحر هديا الا بمنى أو بمكة على ما تقدم وقوله وما كان من ذلك نسكا فهو يكون حيث أحب صاحب النسك يريد بقوله ههنا النسك فدية الاذى

* قال مالك ومن جهل فحلق رأسه قبل أن يرمي الجمرة افتدى

﴿ ما يفعل من نسي من نسكه شيأ ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن أيوب بن أبي تميمة السختياني عن سعيد بن جبير عن عبد الله بن عباس قال من نسي من نسكه شيأ أو تركه فليهرق دما قال أيوب لا أدري قال ترك أو نسي * قال مالك ما كان من ذلك هديا فلا يكون الا بمكة وما كان من ذلك نسكا فهو يكون حيث أحب صاحب النسك

لأنه الذى لصاحبه أن يذبحه حيث شاء اذا لم يثبت له حكم الهدى وقد قال تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك واسم النسك يصح أن يقع على فدية الاذى وعلى الهدى وعلى كل واحد من أعمال الحج والعمرة ويقع على جملة الحج والعمرة لكن المراد به فى هذا الموضع اراقة الدم على وجه الفدية لان كل واحد مما ذكرنا أنه يقع عليه اسم النسك اسم مختص به وان كان اسم النسك يعم ذلك كله فالهدى اسم يختص به وهو الهدى ولما يخرج على وجه الفدية اسم يختص به وهو الفدية ولسائر الافعال التى ذكرناها اسم يختص بها من رمى جمار وغير ذلك أنه أراد بالنسك ههنا دم الفدية ولذلك قال ان له أن يجعله حيث شاء وهذا يدل على أنه تأول قوله من ترك من نسكه شيأ أراد به ترك شئ من المناسك أو فعل شئ من أفعال الحج أو ترك صفة من صفات الاحرام وهى الامتناع من اللباس والطيب وغير ذلك من محظورات الاحرام التى تجب بها الفدية وكذلك معنى قوله من نسى شيأ من نسكه فأخل بصفة من صفات احرامه والله أعلم وأحكم

﴿ جامع الفدية ﴾

ص ﴿ قال مالك فمن أراد أن يلبس شيأ من الثياب التى لا ينبغى أن يلبسها وهو محرم أو يقصر شعره أو يمس طيبا من غير ضرورة ليسارة مؤنة الفدية عليه قال لا ينبغى لاحد أن يفعل ذلك وانما أرخص فيه للضرورة وعلى من فعل ذلك الفدية ﴾ ش وهذا على ما قال ان من أراد أن يأتى شيأ من محظورات الاحرام من غير ضرورة ويفتدى واستسهل الفدية لقلتها أو لكثرة ماله فانه لا يجوز له ذلك من غير ضرورة وهو آثم حرج وانما يجوز له ذلك بشرط الضرورة والاذى الذى ليس بمعتاد والاصل فى ذلك قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك فاشترط فى استباحة ذلك الضرورة والاذى ولذلك قال مالك وانما أرخص فى ذلك للضرورة وكذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم لكعب بن عجرة وقد رأى كثرة ما به من القمل وأن ذلك مما يتأذى به فسأله أيؤذيك هوامك فلما قال نعم قال له احلق رأسك وأمره بالفدية فعلق اباحة ذلك بالتأذى بالهوام فلا يجوز الا على ذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل علة الاباحة من الحظر والاذى والله أعلم

(فصل) وقول مالك رحمه الله وعلى من فعل ذلك الفدية الظاهر انه أراد به وان كان الحلق واللباس والتطيب من المعانى المحظورة لغير ضرورة فان الفدية تجب على من فعل ذلك ولا يخرج بالحظر والاثم عن وجوب الفدية وان كان الحالف بيمين الغموس لا تجب عليه الكفارة وكذلك قاتل العمد ويحتمل أن يريد به أنه انما أبيح له فعل شئ من ذلك للضرورة وأوجب عليه مع ذلك الفدية ليظهر تغليظ المنع وانما أبيح له بشرط الضرورة وأوجب عليه مع ذلك الفدية فكيف بمن فعله لغير ضرورة

ص ﴿ سئل مالك عن الفدية من الصيام أو الصدقة أو النسك أصاحبه بالخيار فى ذلك وما النسك وكم الطعام وبأى مد هو وكم الصيام وهل يؤخر شيأ من ذلك أم يفعله فى فوره ذلك فقال مالك كل شئ فى كتاب الله تعالى فى الكفارات كذا أو كذا فصاحبه مخير فى ذلك أى شئ أحب أن يفعل ذلك فعل * قال وأما النسك فشاة وأما الصيام فثلاثة أيام وأما الطعام فيطعم ستة مساكين لكل مسكين مدان بالمد الاول مد النبى صلى الله عليه وسلم ﴾ ش قوله وقد سئل عن فدية الأذى أصاحبها مخير بين الصوم والاطعام والدم ان كل شئ فى كتاب الله تعالى فى الكفارات كذا أو كذا فصاحبه مخير

﴿ جامع الفدية ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك فمن أراد أن يلبس شيأ من الثياب التى لا ينبغى له أن يلبسها وهو محرم أو يقصر شعره أو يمس طيبا من غير ضرورة ليسارة مؤنة الفدية عليه قال لا ينبغى لأحد أن يفعل ذلك وانما أرخص فيه للضرورة وعلى من فعل ذلك الفدية * وسئل مالك عن الفدية من الصيام أو الصدقة أو النسك أصاحبه بالخيار فى ذلك وما النسك وكم الطعام وبأى مد هو وكم الصيام وهل يؤخر شيأ من ذلك أم يفعله فى فوره ذلك قال مالك كل شئ فى كتاب الله فى الكفارات كذا أو كذا فصاحبه مخير فى ذلك أى شئ أحب أن يفعل ذلك فعل قال وأما النسك فشاة وأما الصيام فثلاثة أيام وأما الطعام فيطعم ستة مساكين لكل مسكين مدان بالمد الاول مد النبى صلى الله عليه وسلم

ذلك جواب للسائل عن أكثر مما سأله عنه لان السائل انما سأله عن فدية الأذى فقط فأجاب عنها وعن غيرها من الكفارات وذلك سائغ للمسؤل أن يخص مسئلة السائل بالجواب أو يزيد عليها وذلك بقدر ما يرى من فهم السائل وحاجته الى ذلك فاذا كان السائل من أهل الفهم وممن يحرص على العلم أجيب بأكثر مما سأل ان أمكن ذلك لانه عون له على ما يطلبه من العلم وارشاد له الى ما لا يهتدي الى السؤال عنه وجمع له لكثير من العلم ولعل فيه تقريبا لما تعلق عليه الحكم الذي يسأل عنه فقد زاده علما مع جوابه عما سأل عنه

(فصل) وقوله ما في كتاب الله تعالى من الكفارات بأو انه على التخيير احترازا مما ورد لغير التخيير في غير الكفارات من قوله تعالى ولا تطع منهم آثما أو كفورا فان أو ههنا ليست للتخيير وانما هي للمساواة وفي قوله تعالى وأرسلناه الى مائة ألف أو يزيدون ليست للتخيير أيضا وانما هي للابهام وأما في الكفارات حيث وردت في القرآن فانما هي للتخيير وكذلك وردت في كفارات الايمان وجزاء الصيد وفدية الأذى

(فصل) وقوله وأما النسك فشاة يريد انها الذي لا يجوز التقصير عنه وقد قدمنا انه من أخرج عنها من بهيمة الأنعام بدنة أو بقرة أجزأه وقوله وأما الصيام فثلاثة أيام وأما الاطعام فيطعم ستة مساكين مدين مدين لكل مسكين فعلى ما تقدم في حديث النبي صلى الله عليه وسلم

(فصل) وقوله مدان بالمد الاول مد النبي صلى الله عليه وسلم فلانه المد الشرعي ومتى أطلق المد في الشرع اقتضى ذلك مد النبي صلى الله عليه وسلم لانه مد صاحب الشرع ومد وقت اثبات الشريعة وقول مالك انه المد الاول يريد انه مد المدينة قبل مد هشام وهو الذي كان يجري في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ص ﴿ قال مالك وسمعت بعض أهل العلم يقول اذا رمى المحرم شيأ فأصاب شيأ من الصيد ولم يرده فقتله ان عليه أن يفديه وكذلك الحلال يرمي في الحرم شيأ فيصيب صيدا لم يرده فيقتله ان عليه أن يفديه لان العمد والخطأ في ذلك بمنزلة سواء ﴾ ش قوله فمن أصاب صيدا لم يرده فقتله ان عليه أن يفديه لان العمد والخطأ في ذلك بمنزلة سواء حكم صحيح وبه قال جمهور الفقهاء غير داود الأصبهاني فانه قال لا فدية على من أصاب صيدا خطأ وقد تقدم الكلام فيه بما يغني عن اعادته

(مسئلة) وما تسبب من فعل المحرم مما لا تدعو المحرم الضرورة العامة اليه فهلك فيه صيد فعليه جزاؤه مثل أن ينصب شركا للصيد أو يحفر بئرا ليقع فيه سبع فوقع في ذلك صيد فعطب فعليه جزاء ذلك عند ابن القاسم واحتج لذلك بانه نصبه للصيد فكان ضامنا لما وقع فيه بمنزلة من حفر في منزله بئرا للسارق فوقع فيه غير السارق فان عليه جزاءه ولو حفر للماء فوقع فيه صيد أو غيره لم يكن عليه شئ ولذلك قال ابن القاسم فيمن حفر محرما بئرا للماء فعطب فيه الصيد انه لا شئ عليه

(فصل) وقوله وكذلك الحلال يرمي في الحرم شيأ فيصيب صيدا لم يرده فيقتله ان عليه أن يفديه يريد ان حكم المحرم في ذلك حكم الاحرام وان عمده وخطأه في ذلك سواء وعلى ذلك يتفرع ما قدمناه مما يتسبب من فعل المحرم اذا تسبب مثل ذلك من فعل الحلال في الحرم (مسئلة) ومن أرسل كلبه في الحل على صيد في الحل قريبا من الحرم فقتله فقد روى ابن المواز عن أصبغ لا شئ عليه وفي المبسوط وقد قال أصحابنا عليه الجزاء فالقول الاول مبني على ان ما قرب من الحرم ليس له حكم الحرم في المنع من الصيد الا من جهة التغرير فاذا سلم من مواقعة المحظور فهو مباح ووجه القول الثاني ما احتج به ان هذا موضع حكمه حكم الحرم لان ما فيه يسكن بسكون ما في الحرم وينفر بحركته

*قال مالك وسمعت بعض أهل العلم يقول اذا رمى المحرم شيأ فأصاب شيأ من الصيد لم يرده فقتله ان عليه أن يفديه وكذلك الحلال يرمي في الحرم شيأ فيصيب صيدا لم يرده فيقتله ان عليه أن يفديه لأن العمد والخطأ في ذلك بمنزلة سواء

(مسئلة) ومن رمى من الحل صيدا فى الحل قريبا من الحرم فأصابه فى الحل فتحامل الصيد فدخل الحرم فمات فيه فقد قال ابن المواز لا فدية عليه فان كان السهم أنفذ مقاتله أكل وان لم يكن أنفذ مقاتله لم يؤكل ووجه سقوط الفدية عنه انه قد سلم من اصابة الصيد فى الحرم فان كانت ذكاته قد كملت فى الحل بانفاذه مقاتله أكل وان لم يتم فى الحل لم يؤكل ويجئ على قول ابن الماجشون فى المبسوط لا يؤكل لان ما قرب من الحرم حكمه حكم الحرم (مسئلة) ومن رمى من الحرم صيدا فى الحل فأصابه أو رمى من الحل صيدا فى الحل الا أن سهمه فأنفذ الى الحرم فقد قال ابن القاسم فى المسئلتين لا يأكله وعليه جزاؤه وقال أشهب يأكله ولا جزاء عليه فى المسئلتين وجه قول ابن القاسم ان هذا صيد لم يتخلص من حرمة الحرم فلم يجز أكله فوجب به الجزاء أصل ذلك اذا كان الصيد فى الحرم ووجه قول أشهب ان هذا صيد فى الحل فكان اصطياده مباحا أصل ذلك اذا كان الصائد فى الحل (مسئلة) ومن أرسل كلبه أو بازه فى الحل على صيد فى الحل فاتبعه فأدركه فى الحرم فقتله ففى المدونة ان كان أرسله بقرب الحرم فعليه جزاؤه ولا يؤكل الصيد وان كان أرسله ببعد من الحرم بحيث لا يظن أنه يدخل الحرم فلم يدركه الا فى الحرم ففى المدونة من قول مالك لا يؤكل ذلك الصيد ولا جزاء عليه ووجه ذلك انه فى المسئلة الاولى غرر فعليه الجزاء وفى المسئلة الثانية لم يغرر فلا جزاء عليه وقد أصيب الصيد فى المسئلتين فى الحرم فلا يؤكل (مسئلة) ومن أرسل كلبه فى الحل على صيد فى الحل وأدخله الكلب الحرم ثم أخرجه فقتله فى الحل فالصيد لا يؤكل على كل وجه ويعتبر فى وجوب الجزاء ما تقدم من قرب الحرم وبعده قاله ابن القاسم فى المدونة ووجهه ما تقدم (مسئلة) ومن أرسل كلبه من الحرم على صيد فى الحل فقد قال ابن القاسم عليه جزاؤه ولا يؤكل وقال ابن الماجشون له أن يرسل كلبه من الحرم على صيد فى الحل اذا كان الصيد بموضع بعيد من الحرم لا يسكن لسكونه لان الحرم لا يحرم الصائد وانما يحرم الصيد ووجه قول ابن القاسم أن الحرم يمنع الصائد كما يمنع الاحرام ص * قال مالك فى القوم يصيبون الصيد جميعا وهم محرمون أو فى الحرم قال أرى أن على كل انسان منهم جزاءه ان حكم عليهم بالهدى فعلى كل انسان منهم هدى وان حكم عليهم بالصيام كان على كل انسان منهم الصيام ومثل ذلك القوم يقتلون الرجل خطأ فتكون كفارة ذلك عتق رقبة على كل انسان منهم أو صيام شهرين متتابعين على كل انسان منهم * ش وهذا كما قال ان القوم اذا أصابوا الصيد جميعا وهم محرمون أو فى الحرم لان حكم ذلك عنده سواء يجب الجزاء به فى المسئلتين فان على كل انسان منهم جزاء كاملا كما لو انفرد بقتله لان حكم ذلك كالكفارة والكفارة لا تتبعض وقد تقدم بياننا لذلك

(فصل) وقوله فان حكم عليهم بالهدى فعلى كل انسان منهم هدى يريد انه ان كان مثل من النعم واختاروا الحكم عليهم بالمثل فعلى كل انسان منهم أن يهدى ذلك فى المثل ولو اختار بعضهم الهدى وبعضهم الاطعام وبعضهم الصيام يحكم على كل انسان منهم بما اختار من ذلك بقدر ما كان يحكم عليه به لو انفرد بقتله

(فصل) وقوله وان حكم عليهم بالصيام كان على كل انسان منهم صيام يريد ان اختاروا أن يحكم عليهم بالصيام فان الصيام أيضا لا يتبعض فى حقهم ويحكم على كل انسان من الصيام بما كان يحكم عليه به لو انفرد بقتله وقد فسر ذلك واحتج له بالقوم يقتلون الرجل خطأ انه يجب على كل واحد منهم كفارة كاملة كما لو انفرد بقتله ص * قال مالك ومن رمى صيدا أو صاده بعد رميه الجمرة وحلاق

* قال مالك فى القوم يصيبون الصيد جميعا وهم محرمون أو فى الحرم قال أرى أن على كل انسان منهم جزاءه ان حكم عليهم بالهدى فعلى كل انسان منهم هدى وان حكم عليهم بالصيام كان على كل انسان منهم الصيام ومثل ذلك القوم يقتلون الرجل خطأ فتكون كفارة ذلك عتق رقبة على كل انسان منهم أو صيام شهرين متتابعين على كل انسان منهم * قال مالك ومن رمى صيدا أو صاده بعد رميه الجمرة وحلاق رأسه

رأسه غير انه لم يفض ان عليه جزاء ذلك الصيد لان الله تعالى قال واذا حللتم فاصطادوا ومن لم يفض فقد بقي عليه مس النساء والطيب ﴾ ش وهذا كما قال ان من لم يفض فلم يكمل تحلله بدليل انه ممنوع من النساء والطيب فلا يجوز له الاصطياد لانه انما أبيح له الاصطياد بعد التحلل قال الله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وهذا لم يكمل تحلله بعد فان خرج الى الحل لم يجز له الاصطياد لحرمة احرامه وانما يستباح برمي جمرة العقبة ما تجب به الفدية مما ليس من دواعي الاستمتاع من حلق الشعر والقاء التفث واللباس الذي لا يجب به هدي وانما خص من ذلك الطيب لانه من دواعي النكاح والاستمتاع وذلك ممنوع بعد في حقه ص ﴿ قال مالك ليس على المحرم فيما قطع من الشجر في الحرم شئ ولم يبلغنا ان أحدا حكم عليه فيه بشئ وبئس ما صنع ﴾ ش قوله ليس على المحرم فيما قطع الى آخر الفصل ذكر فيه مسئلتين احداهما قوله ليس على المحرم فيما قطع من الشجر في الحرم شئ والثانية قوله وبئس ما صنع فنص على المنع من ذلك وتتعلق بذلك مسئلة ثالثة وهي تبيين الشجر الممنوع قطعه وتمييزه من غيره فأما المسئلة الاولى في انه لا يجب به شئ فهو مذهب مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يجب عليه به الجزاء ودليلنا من جهة القياس ان هذا معنى لو أتلفه المحرم في الحل لم يجب عليه جزاء فاذا أتلفه الحلال في الحرم لم يجب عليه جزاء أصله ذبح الدواب (مسئلة) وأما المسئلة الثانية في المنع من قطع شجر الحرم فهو مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة والأصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها (مسئلة) وأما تبيين ما يستباح قطعه من شجر الحرم وتمييزه مما هو ممنوع فان الممنوع منه ما هو من شجر البادية مما لا يملك غالبا وجرت العادة بأن ينبت من غير عمل آدمي كالطلح والسمر والسعدان وما جرى مجرى ذلك وكذلك سائر أنواع الحشيش الا الاذخر والأصل في ذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها فقال العباس الا الاذخر يا رسول الله فانه لصاغتنا وقبورنا فقال صلى الله عليه وسلم الا الاذخر * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والسنا عندي مثله ولم أر فيه نصا لاصحابنا غير ان الحاجة اليه عامة ولانه لم يزل يؤخذ وينقل الى البلاد على سبيل التداوي ولم ينكره أحد فصح انه مباح وهذا فيما ينبت بنفسه فكان على حكم أصله وأما ما غرس منه واتخذ بالعمل وملكه العامل * قال القاضي أبو الوليد فعندي انه يجوز أخذه وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يجوز ذلك ووجه اباحة ذلك عندي انه بمنزلة ما يأنس من الوحش فان الحرم لا يمنع منه (فرع) وأما ما جرت العادة بأنه يملك ويغرس ويعمل كالنخل والرمان والجوز والخوخ وما أشبهها فانه غير ممنوع قطعه وكذلك ما كان يتخذ من البقول وسواء نبت بنفسه أو بصنع آدمي لانه على أصله ويجرى ذلك مجرى الحيوان ما كان أصله التأنيس فانه لا يمنع من اصطياده في الحرم وان توحش ص ﴿ قال مالك في الذي يجهل أو ينسى صيام ثلاثة أيام في الحج أو يمرض فيها فلا يصومها حتى يقدم بلده قال ليهد ان وجد هديا والا فليصم ثلاثة أيام في أهله وسبعة بعد ذلك ﴾ ش نص مالك رحمه الله على حكم من جهل أو نسي صيام ثلاثة أيام في الحج ويحتمل قوله أو جهل وجهين أحدهما أن يكون جهل الحكم والثاني أن يكون معنى جهل فعل ما لا يجوز فيكون معنى جهل هنا تعمد فان قلنا ان معنى جهل تعمد فقد استوعب حكم العامد والناسي وان قلنا معنى جهل لم يعلم الحكم فانه ترك ذكر العامد وان كان حكمه حكم الناسي والمخطئ اعظاما لفعله وتغليظا لحكمه والأفضل أن تجعل لفظة جهل على الوجهين لاحتمالها لهما

* قال مالك ليس على المحرم فيما قطع من الشجر في الحرم شئ ولم يبلغنا ان أحدا حكم عليه فيه بشئ وبئس ما صنع * قال مالك في الذي يجهل أو ينسى صيام ثلاثة أيام في الحج أو يمرض فيها فلا يصومها حتى يقدم بلده قال ليهد ان وجد هديا والا فليصم ثلاثة أيام في أهله وسبعة بعد ذلك غير انه لم يفض ان عليه جزاء ذلك الصيد لأن الله تبارك وتعالى قال واذا حللتم فاصطادوا ومن لم يفض فقد بقي عليه مس الطيب والنساء

(فصل) وقوله بعد ذلك أو بمرض فيهما نص على المرض ليستوعب أقسام التاركين بذكر النسيان والعمد لغير عذر والعمد للعذر الغالب فانه اذا قدم بلده بهدى ان وجد هديا وان عدمه صام على ما تقدم من أن الاعتبار بحال الاداء فاذا كان حال الأداء واجدا للهدى لم يجزه الصوم وان كان حين الوجوب معسرا وان كان حين الاداء عادما للهدى أجزأه الصوم

(فصل) وقوله صام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة بعد ذلك على ما تقدم من ان صيام المتمتع الذى لا يجد الهدى انما توجه الأمر به اليه فى الحج ثلاثة أيام وسبعة بعد الرجوع فمن لم يصم حتى يقدم بلده عادما للهدى فانه يصوم ثلاثة أيام وسبعة بعد ذلك ومعنى ذلك الفصل بين الثلاثة والسبعة والتقديم لها عليها فى الرتبة وقد تقدم من قول احمد بن المعذل ان الليل فاصل فلم تبق الا الرتبة فى النية وتقدم من معنى قول أصبغ ان ذلك شرط فى صحتها ومن قول مالك ما يدل على ان الترتيب قد سقط وجوبه وقوله ههنا وسبعة بعد ذلك يدل على ان الترتيب اما واجب واما مستحب (مسئلة) وبقى ههنا مسئلة فان كل ما يراعى فيه الفصل بين الثلاثة والسبعة والترتيب فى الوقت أو بعده فانه يجوز صيامه فى أيام التشريق عدم المتعة والقران ومالا يراعى فيه الفصل أو الترتيب فى الوقت انما يجب صيام عشرة أيام أو غير ذلك من الصوم فانه لا يصام فى التشريق والعاشر عن المشى وصيام فدية الأذى فانه لا يجوز صوم شئ من ذلك فى أيام التشريق

﴿ جامع الحج ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عيسى بن طلحة عن عبد الله بن عمرو بن العاصى انه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمنى والناس يسألونه فجاءه رجل فقال له يارسول الله لم أشعر فحلقت قبل أن أنحر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انحر ولا حرج ثم جاءه آخر فقال يارسول الله لم أشعر فنحرت قبل أن أرمى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارم ولا حرج قال فما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شئ قدم ولا أخر الا قال افعل ولا حرج ﴾ ش قوله وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمنى يحتمل انه وقف ليعلم الناس دينهم ويجيبهم عن مسائلهم فقد علم انه وقت سؤال يسئله فى ذلك الوقت السائل عما فاته من حجه وعما أدرك وعما قدم وأخر ويسئله قوم عن المستقبل بمنى وروى أن ذلك كان يوم النحر بمنى

(فصل) وقوله فجاءه رجل فقال لم أشعر فحلقت قبل أن أنحر يحتمل وجهين أحدهما أن يريد به نسيت فقدمت الحلاق عليه وهو الأصح وكذلك رواه ابن جريج عن عيسى بن طلحة عن عبد الله ابن عمرو حدثه أنه شهد النبى صلى الله عليه وسلم يخطب يوم النحر فقام اليه رجل فقال انى كنت أحسب ان كذا قبل كذا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انحر ولا حرج يحتمل أن يريد لا اثم عليك لان الحرج الاثم ومعظم سؤال السائل انما كان عن ذلك خوفا من أن يكون قد أثم فاعلمه النبى صلى الله عليه وسلم أن لا حرج عليه اذ لم يقصد المخالفة وانما أتى ذلك عن غير علم ولا قصد مع خفة الأمر وانما هو ترتيب مستحب لا تبطل العبادة مخالفته ولا تؤثر فيها نقصا

(فصل) وقوله فما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شئ قدم ولا أخر الا قال افعل ولا حرج لا يقتضى اباحة ذلك لانه انما سأل عمن فعل ذلك جهلا وقد بين الترتيب فى الحج فكان ذلك هو

﴿ جامع الحج ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عيسى ابن طلحة عن عبد الله بن عمرو بن العاصى انه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمنى والناس يسئلونه فجاءه رجل فقال له يارسول الله لم أشعر فحلقت قبل ان أنحر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انحر ولا حرج ثم جاءه آخر فقال يارسول الله لم أشعر فنحرت قبل أن أرمى قال ارم ولا حرج قال فما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شئ قدم ولا أخر الا قال افعل ولا حرج

المشروع ولا يقتضي ذلك رفع الحرج في تقديم شيء ولا تأخيره عن المسئلتين المنصوص عليهما لاننا لا ندري عن أي شيء غيرهما سئل في ذلك اليوم وجوابه انما كان عن سؤال السائل فلا يدخل فيه غيره كما لا يدخل في قوله انحر ولا حرج ارم ولا حرج غير ذلك مما لم يسئل عنه ولم يجب فيه والله أعلم

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قفل من غزو أو حج أو عمرة يكبر على كل شرف من الأرض ثلاث تكبيرات ثم يقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير آيبون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده ﴾ ش قوله كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قفل من حج أو غزو أو عمرة يريد يرجع الى المدينة موضع استيطانه ومقامه والقفول هو الاياب ولا يسمى المتوجه من بلده قافلا وانما يسمى بذلك الراجع اليه فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رجع الى المدينة من سفر وانما كانت السفارة في أحد هذه الوجوه الثلاثة غزو أو حج أو عمرة فكان يكبر على كل شرف من الارض تعظيما لله ومواظبة على ذكره واظهار الكلمته وانما كان يخص بذلك الشرف لان منه يرى من الارض ما يقع عليه بصره فكان يستحب أن يفعل ذلك أول ما يرى من الارض مما فتحه الله عليه ويستقبله بالتكبير والتعظيم ولان ما شرع فيه الاعلان من الذكر فالأحق به ما علا من الارض كالأذان والتلبية لان في ذلك اظهار الذكر وفي تخصيص المطمئن به من الارض ضرب من التستر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا إله إلا الله اظهار للتوحيد واعلام به واستدامة للايمان به وقوله له الملك وله الحمد تخصيص له بالملك والحمد لان الألف واللام في كل واحد منهما للجنس فجعل جنس الملك وهو جميعه لله تعالى لانه لا ملك لاحد على الحقيقة الا له وجعل جميع الحمد لله عز وجل فان أحدا لا يستحق الحمد على الحقيقة سواه وانما يحمد غيره لما أمر الله أن يحمد

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم على كل شيء قدير اعلام انه هو القدير على ما كان يعدهم به من نصر عبده واظهاره على الدين كله واذكار لهم بما أخبرهم به من عظيم قدرته تعالى وانه لا يغلب من نصره ولا ينصر من حاربه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم آيبون تائبون يريد صلى الله عليه وسلم انه ومن كان معه من الصحابة الكرام آيبون من سفرهم تائبون لله تعالى من كل ما نهى عنه عابدون له دون من سواه ساجدون له حامدون على ما تفضل به عليهم من النصر والتأييد والحفظ في السفر والعون عليه والتوفيق للصواب في جميعه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم صدق الله وعده يريد والله أعلم انه الصادق في وعده لرسوله صلى الله عليه وسلم بنصره وتأييده وعصمته من الناس ونصر عبده ورسوله وهزم الأحزاب وحده يريد صلى الله عليه وسلم انه تعالى المنفرد باعزاز دينه واهلاك عدوه وغلبة الأحزاب ويحتمل أن يريد به في سائر الأيام والمواطن والله أعلم ص ﴿ مالك عن ابراهيم بن عقبة عن كريب مولى عبدالله بن عباس عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بامرأة وهي في محفتها فقيل لها هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذت بضبعي صبي كان معها فقالت ألهذا حج يارسول الله فقال نعم ولك أجر ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بامرأة وهي في محفتها ذكر ان ذلك في حجة الوداع فقيل لها هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد كانت فيمن آمن به ولم تره ولم تعرف عينه

* وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قفل من غزو أو حج أو عمرة يكبر على كل شرف من الارض ثلاث تكبيرات ثم يقول لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير آيبون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده * وحدثني عن مالك عن ابراهيم بن عقبة عن كريب مولى عبدالله بن عباس عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بامرأة وهي في محفتها فقيل لها هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذت بضبعي صبي كان معها فقالت ألهذا حج يارسول الله قال نعم ولك أجر

فلذلك أخبرت به

(فصل) وقولها في الصبي ألهذا حج سؤال عن حكم الصبي ان كان ممن تصح منه هذه العبادة وانما أرادت به الحج المشروع على سبيل الندب والاستحباب ولذلك قال لها نعم ولك أجر يريد والله أعلم في عونه على ذلك (مسئلة) والصبيان على ضربين ضرب يفهم مايؤمر به وضرب يصغر عن ذلك فلا يفهم مايؤمر به ولا ينتهي عما نهي عنه فاما الاول فروى ابن المواز وابن وهب عن مالك لا يحج بالرضيع وأما ابن أربع سنين وخمس فنعم وهذا انما هو على الاستحباب وان أحرم به وألزم الاحرام لزمه وان كان صغيرا جدا لا يفهم فقد قال في المبسوط في الصبي الذي لا يتكلم من صغره لم يلب عنه ولكن يجرد فاذا جرد ونودي بتجريده الاحرام فهو محرم ووجه ذلك عندي ان الرضيع لا يفهم ولا يمتثل مايؤمر به ولا يزدجر عما نهي عنه فكان كالمغمى عليه مع مايلحقه من المشقة بالاحرام (مسئلة) فان كان ممن يستطيع الطواف والسعي باشر ذلك بنفسه وان كان لا يستطيع ذلك لضعفه أولانه لا يفهمه طاف به من حج به ووجه ذلك انا اذا جوزنا احرامه وألزمناه إياه كان من مقتضاه الطواف والسعي وكان لا يطيق ذلك ولا بد أن يطوف به غيره وفي ذلك مسائل وذلك أن مناسك الحج أفعال وسعي فاما الافعال فتنقسم الى قسمين كما ينقسم السعي الى قسمين فاما القسم الاول من الافعال فله تعلق بالبيت ويفتقر الى طهارة كركعتي الفجر فهذا القسم لا يدخله النيابة ولا يفعله أحد من كبير ولا صغير ولا يفعله كسائر الصلوات ولا يلزم على هذا المستأجر على الحج لانا اذا قلنا ان الحج انما هو حج المباشر له فانما المستأجر عنه نفقته فان المصلي انما ركع عن نفسه فليس في ذلك نيابة عن أحد وان قلنا ان الحج عن المحجوج عنه فلا يلزمنا أيضا لان المباشر للحج لما دخل فيه لزمه جميع أفعاله وهو المطلوب بها ولذلك يلزمه الاحرام وغير ذلك من أفعال الحج ويلزمه الامساك عن الصيد وغير ذلك من محظورات الاحرام وانما كلامنا في منسك واحد من مناسك الحج أو العمرة يفعله أحد عن أحد ألا ترى أن غير ذلك من مناسك الحج المفردة يفعلها عن غيره أو بغيره من هو محرم بالحج ولا يصح أن يحج أحد عن أحد من هو محرم عن نفسه بالحج فبان الفرق بينهما (مسئلة) وأما القسم الثاني من الافعال فلا يفتقر الى طهارة ولا تعلق له بالبيت كرمي الجمار فهذا تدخله النيابة للضرورة الا أنه لما كان من الافعال لم يجز أن يفعله النائب عن نفسه وعن المستنيب فعلا واحدا ولكن يفعله عن نفسه ثم يفعله عن المستنيب ثانية والكلام فيه في فصلين أحدهما انه لا ينوب فيه فعل واحد عن عبادة رجلين والثاني انه يجب أن يتقدم فعل النائب عن نفسه قبل أن يفعله عن غيره والدليل على انه لا ينوب فعل واحد عن نسك رجلين ان النائب قد لزمه هذا الفعل عن نفسه كاملا على وجهه فلم يجز أن ينوب عن فعل غيره لانه لا يفعله حينئذ عن نفسه على ما قد لزمه ووجه ثان ان فعله عن نفسه فرض لانه قد لزمه باحرامه وفعله عن غيره تطوع ولا يجوز أن يكون فعل واحد يقضى به الفرض والتطوع (مسئلة) وأما السعي فانه ينقسم الى قسمين القسم الاول يفتقر الى الطهارة وله تعلق بالبيت كالطواف فهذا يجوز أن يفعله الانسان عمن يعجز عنه لصغره ولا يجوز أن ينوب عنه فيه جملة لان له تعلقا بالبيت ويفتقر الى الطهارة كالصلاة وانما جاز أن يفعله به لان ذلك من باب الحمل له ويجوز أن يفعله الانسان راكبا للعذر فالحمل فيه من هذا الباب ولا يجوز أن يفعله عن نفسه وعن غيره في طواف واحد لتعلقه بالبيت وافتقاره الى الطهارة ولأنه قد لزمه فرضه فلا يجوز أن يؤدي بفعل واحد فرضا ويتطوع به (مسئلة) والقسم الثاني من السعي لا تعلق له بالبيت ولا يفتقر الى طهارة

كالسعي بين الصفا والمروة والوقوف بعرفة والمزدلفة فهذا يجوز أن يفعله عن نفسه ولغيره في مرة واحدة لأنه عمل لا يفتقر الى الطهارة ولا يتعلق بالبيت كالحل له الى منى وعرفة ص ❊ مالك عن ابرهيم بن أبي عبلة عن طلحة بن عبيد الله بن كريز أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ماروؤى الشيطان يوما هو فيه أصغر ولا أدحر ولا أحقر ولا أغيظ منه في يوم عرفة وماذاك الا لما رأى من تنزل الرحمة وتجاوز الله عن الذنوب العظام الا ما رأى يوم بدر قيل وما رأى يوم بدر يارسول الله قال أما انه رأى جبريل يزع الملائكة ❊ ش قوله صلى الله عليه وسلم ماروؤى الشيطان يوما هو فيه أصغر يحتمل أن يريد الصغار والخزى والذل ويحتمل أن يريد به تضاؤله وصغر جسمه وأن ذلك يصيبه عند نزول الملائكة واغضاب نزولها له وقوله ولا أحقر يحتمل الوجهين المتقدمين في أصغر وقوله ولا أغيظ من الغيظ الذى يصيبه في يوم عرفة

(فصل) وقوله وماذاك الا لما رأى من تنزل الرحمة وتجاوز الله عن الذنوب العظام يحتمل أن يكون منزل الرحمة التي يراها أنه يرى الملائكة ينزلون على أهل عرفة قد عرف الشيطان أنهم لا ينزلون الا عند الرحمة لمن ينزلون عليه ولعل الملائكة يذكرون ذلك اما على وجه الذكر بينهم أو على وجه الاغاظة للشيطان لعنه الله وبخلق الله للشيطان ادراكا يدرك به نزولهم ويدرك به ذكرهم لذلك ولعله يسمع منهم اخبارهم بأن الله تعالى قد تجاوز لأهل الموقف عن جميع ذنوبهم وعما يوصف بالعظم منها ويحتمل أن ينص على ذلك ويحتمل أن يخبر بعنه بخبر يفهم منه المعنى وان لم ينص على نفس المعصية سترا من الله تعالى على عباده المغفور لهم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الا ما رأى يوم بدر وذكر أنه رأى الشيطان جبريل عليه السلام يزع الملائكة يعني والله أعلم يمنعها مما أمر أن يمنعها منه ويقتضي ذلك أن تكون ملائكة نزلت بالرحمة على أهل بدر مع النصر الذى نصرهم الله به على أعدائهم وكان الشيطان أدركه الصغار والغيظ يوم بدر لما رأى من الرحمة مع النصر ويحتمل أن يكون ذلك أصابه لما رأى من النصر وان لم يدرك معنى الرحمة التي أنزلت عليهم فأدركه الصغار والغيظ لما رأى من ظهور الايمان وغلبة الحق ص ❊ مالك عن زياد بن أبي زياد مولى عبد الله بن عياش المخزومي عن طلحة بن عبيد الله بن كريز أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة وأفضل ماقلت أنا والنبيون من قبلي لا إله إلا الله وحده لاشريك له ❊ ش قوله صلى الله عليه وسلم أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة يريد صلى الله عليه وسلم أنه أكثر ثوابا للداعي وأقرب الى الاجابة فان الفضل للداعي انما هو في كثرة الثواب وكثرة الاجابة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم افضل ماقلت أنا والنبيون من قبلي لا إله إلا الله وحده لاشريك له يريد والله أعلم أنه أكثر ثوابا من غيره من الاذكار ويحتمل أن يريد أنه أفضل مادعا اليه إلا أن الاول أظهر لأنه أورد ذلك في تفضيل الاذكار بعضها على بعض ويحتمل أن يخص هذا الدعاء بانه أفضل مادعا به هو والنبيون قبله يعني أن الانبياء صلوات الله عليهم يدعون بأفضل الدعاء ويهدون اليه فاذا كان أفضل دعائهم فهو أفضل الدعاء ص ❊ مالك عن ابن شهاب عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفر فلما نزعه جاءه رجل فقال له يارسول الله ابن خطل متعلق بأستار الكعبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوه قال مالك ولم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ محرما والله أعلم ❊ ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه

❊ وحدثني عن مالك عن ابراهيم بن أبي عبلة عن طلحة بن عبيد الله بن كريز أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ماروؤى الشيطان يوما هو فيه أصغر ولا أدحر ولا أحقر ولا أغيظ منه في يوم عرفة وماذاك الا لما رأى من تنزل الرحمة وتجاوز الله عن الذنوب العظام الا مارأى يوم بدر قيل وما رأى يوم بدر يارسول الله قال أما انه رأى جبريل يزع الملائكة ❊ وحدثني عن مالك عن زياد بن أبي زياد مولى عبد الله بن عياش ابن أبي ربيعة عن طلحة ابن عبيد الله بن كريز أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة وأفضل ماقلت أنا والنبيون من قبلي لا إله إلا الله وحده لاشريك له ❊ وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفر فلما نزعه جاءه رجل فقال له يارسول الله ابن خطل متعلق باستار الكعبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوه قال مالك ولم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ محرما والله أعلم

وسلم دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفر يقتضي أحد أمرين إما أن يكون غير محرم فلذلك غطى رأسه بالمغفر وهو الأظهر لأنه لم يرو أحد أنه تحلل من احرام وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال وإنما أحلت لي ساعة من نهار فعلى أن دخول مكة على غير احرام خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم ولهذا قال مالك ولم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ محرما وقد كان يحتمل أن يكون غطى رأسه لأذى اضطره الى ذلك وافتدى لو ثبت أنه دخل مكة محرما ودخول مكة على ثلاثة أضرب أن يريد بها النسك في حج أو عمرة فهذا لا يجوز أن يدخلها الا محرما فان تجاوز الميقات غير محرم ثم أحرم فعليه دم والضرب الثاني أن يدخلها غير مريد للنسك وانما يدخلها لحاجة تتكرر كالحطابين وأصحاب الفواكه فهؤلاء يجوز لهم دخولها غير محرمين لان الضرورة كانت تلحقهم بالاحرام متى احتاجوا الى دخولها لتكرر ذلك والضرب الثالث أن يدخلها لحاجة وهي مما لا تتكرر فهذا لا يجوز له أن يدخلها الا محرما لانه لا ضرر عليه في احرامه وان دخلها غير محرم فهل عليه دم أولا الظاهر من المذهب أنه لا شيء عليه وقد أساء

(فصل) وقوله فلما نزع المغفر جاءه رجل فقال يا رسول الله ابن خطل متعلق بأستار الكعبة ابن خطل هو عبد الله بن خطل فيحتمل أن يكون عرفه حينئذ لما أزال المغفر عن رأسه ويحتمل أن يكون وافق نزعه المغفر مجيء الرجل واخباره وكان تعلق ابن خطل بأستار الكعبة استجارة بها فانه كان ممن يؤذي النبي صلى الله عليه وسلم وأن النبي صلى الله عليه وسلم أمن كل من ألقى السلاح ودخل دار أبي سفيان الا عبد الله بن خطل

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اقتلوه دليل على أنه لم تنفعه استجارته بالبيت والحرم لما أوجب الله تعالى عليه من سفك دمه وهكذا كل من وجب عليه سفك دمه لقصاص أو غيره يقتل في الحرم وسيأتي ذكره في كتاب الجنايات ان شاء الله تعالى ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر أقبل من مكة حتى اذا كان بقديد جاءه خبر من المدينة فرجع فدخل بغير احرام * وحدثني مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك ﴾ ش قوله أن عبد الله بن عمر أقبل من مكة يحتمل أنه كان يريد المدينة لأن قديدا ما بين مكة والمدينة فورد عليه بقديد خبر من المدينة وذلك الخبر الذي ورد عليه يقتضي أن يكون اقتضى رجوعه الى مكة لامتناع وصوله الى المدينة ويحتمل أن يكون اقتضى رجوعه الى مكة ليخرج الى المدينة على غير الصفة التي كان خرج عليها أو ليستصحب ما لم يكن استصحبه أو ليقدم ما لم يكن يقدمه

(فصل) وقوله فدخل مكة بغير احرام قد تقدم ذكر الداخل الى مكة بغير احرام ابتداء وما يلزم فيه من الاحرام وما يجوز منه بغير احرام والكلام ههنا في الراجع الى مكة لحاجة نسيها أو لقصة ذكرها وهو لا يريد نسكا ولا مقاما بها وانما يريد أخذ ما نسيه ثم يخرج عنها فان هذا عندي مثل من طاف طواف الوداع ثم رجع ص ﴿ مالك عن محمد بن عمرو بن حلحلة الديلي عن محمد بن عمران الأنصاري عن أبيه أنه قال عدل الى عبد الله بن عمر وأنا نازل تحت سرحة بطريق مكة فقال ما أنزلك تحت هذه السرحة فقلت أردت ظلها فقال هل غير ذلك فقلت لا ما أنزلني الا ذلك فقال عبد الله بن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كنت بين الأخشبين من منى ونفخ بيده نحو المشرق فان هنالك واديا يقال له السرر به سرحة سر تحتها سبعون نبيا ﴾ ش قوله عدل الى عبد الله بن عمر وأنا نازل تحت سرحة بطريق مكة السرحة الشجرة العظيمة وانما عدل اليه عبد الله بن عمر لما كان عنده من العلم ليختبر ان كان ذلك أنزله أو أنزله الظل فيعلمه بما عنده في ذلك اغتناما للاجر وحرصا على تعليم

* وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر أقبل من مكة حتى اذا كان بقديد جاءه خبر من المدينة فرجع فدخل مكة بغير احرام * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك * وحدثني عن مالك عن محمد بن عمرو بن حلحلة الديلي عن محمد بن عمران الانصاري عن أبيه انه قال عدل الي عبد الله ابن عمر وأنا نازل تحت سرحة بطريق مكة فقال ما أنزلك تحت هذه السرحة فقلت أردت ظلها فقال هل غير ذلك فقلت لا ما أنزلني الا ذلك فقال عبد الله بن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كنت بين الاخشبين من منى ونفخ بيده نحو المشرق فان هنالك واديا يقال له السرر به شجرة سر تحتها سبعون نبيا

العلم ولعل ابن عمر قد قصد مع ذلك التبرك بالوصول اليها وذكر الله عندها لما كان عنده من علم فضلها ان كانت السرحة معينة عنده أو لظنه انها تلك لعدم مثلها فى تلك الجهة أو لعله رجا أن يكون عند عمران الانصارى علم بعينها والله أعلم

(فصل) وقوله ما أنزلك تحت هذه السرحة اختبار لما عند عمران الانصارى فى ذلك فلما قال أردت ظلها استفهمه ان كان اقترن بذلك غرض آخر من تبرك بها أومعرفة شئ مما يرجى عندها فانه يجتمع فيها الأمران لمن قصد ذلك ونواه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اذا كنت بين الأخشبين من منى الأخشبان الجبلان وهذا يدل على أن طريق عمران الى مكة أومن مكة كان على منى امالانه كان واردا من اليمن أوالسراة أولانه جعل طريقه من المدينة على تلك الجهة

(فصل) وقوله ونفح بيده يريد أشار ولعله أراد البعد عن الموضع الذى كان به حين أشار

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فان هنالك واديا يقال له السرر به سرحة سر تحتها سبعون نبيا يحتمل أن يكون الوادى يسمى السرر بذلك وانما أعلم بذلك صلى الله عليه وسلم فيما يظهر الى والله أعلم لفضل الذكر عندها لمن مر بها ورجاء اجابة الدعاء وتنزل الرحمة عندها ص ﴿مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن حزم عن ابن أبى مليكة أن عمر بن الخطاب مر بامرأة مجذومة وهى تطوف بالبيت فقال لها يا أمة الله لا تؤذى الناس لو جلست فى بيتك فجلست فمر بها رجل بعد ذلك فقال لها ان الذى كان نهاك قدمات فاخرجى فقالت ما كنت لأطيعه حيا وأعصيه ميتا﴾ ش قوله للمرأة المجذومة الطائفة بالبيت يا أمة الله لا تؤذى الناس على سبيل ارفق بها فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر عرض عليها بارفق ما يوأرفق بها فأطاعته وقولها ما كنت لأطيعه حيا وأعصيه ميتا تريد أنها انما أطاعته لانه أمرها بالحق وذلك يوجب عليها امتثال ما أمر به فى كل وقت فى حياته وبعد موته ص ﴿مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عباس كان يقول ما بين الركن والباب الملتزم﴾ ش قوله ما بين الركن يريد الركن الأسود وفيه الحجر وبين الباب يريد باب البيت الملتزم ومعنى ذلك التزام البيت والتعوذ به وموضع الدعاء والوقوف ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان أنه سمعه يذكر أن رجلا مر على أبى ذر بالربذة وان أبا ذر سأله أين تريد فقال أردت الحج فقال هل نزعك غيره فقال لا قال فائتنف العمل قال الرجل فخرجت فقدمت مكة فمكثت ما شاء الله ثم اذا أنا بالناس منقصفين على رجل فضاغطت عليه الناس فاذا أنا بالشيخ الذى وجدت بالربذة يعنى أبا ذر قال فلما رآنى عرفنى فقال هو الذى حدثتك ﴾ ش قوله ان رجلا مر على أبى ذر بالربذة لانه كان نزلها زمن عثمان رضى الله عنه فقال أبو ذر للرجل أين تريد فقال أردت الحج فقال له أبو ذر هل نزعك غيره أى هل حملك على سفرك هذا غيره من قصد حاجة أو تجارة أو نكاح أو غير ذلك من الأغراض فقال له الرجل لا قال فائتنف العمل ولذلك لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من حج هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق رجع كيوم ولدته أمه يريد والله أعلم انه لا ذنب له لان ما أتى به من العمل قد كفر سائر ذنوبه فصار كيوم ولدته أمه لا ذنب له والله أعلم

(فصل) وقوله فمكثت ما شاء الله يستعمل ذلك فى المدة الطويلة قال ثم اذا أنا بالناس منقصفين على رجل يريد متزاحمين عليه يقصف بعضهم بعضا من شدة تزاحمهم فضاغطت عليه يريد انه ضايق الناس حتى وصل الى النظر اليه فاذا أنا بالشيخ الذى وجدته بالربذة يريد أبا ذر اذ قال له ائتنف العمل

* وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن حزم عن ابن أبى مليكة ان عمر بن الخطاب مر بامرأة مجذومة وهى تطوف بالبيت فقال لها يا أمة الله لا تؤذى الناس لو جلست فى بيتك فجلست فمر بها رجل بعد ذلك فقال لها ان الذى كان قد نهاك قدمات فاخرجى فقالت ما كنت لأطيعه حيا وأعصيه ميتا * وحدثنى عن مالك انه بلغه ان عبد الله بن عباس كان يقول ما بين الركن والباب الملتزم * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان انه سمعه يذكر أن رجلا مر على أبى ذر بالربذة وأن أبا ذر سأله أين تريد فقال أردت الحج فقال هل نزعك غيره فقال لا قال فائتنف العمل قال الرجل فخرجت حتى قدمت مكة فمكثت ما شاء الله ثم اذا أنا بالناس منقصفين على رجل فضاغطت عليه فاذا أنا بالشيخ الذى وجدت بالربذة يعنى أبا ذر قال فلما رآنى عرفنى فقال هو الذى حدثتك

فلما رآه أبوذر عرفه ويقتضي ذلك انه ذكر ما كان أخبره به من أنه يأتنف العمل من خرج الى الحج لا يخرجه غيره

(فصل) وقول أبي ذر هو الذي حدثتك تذكير له بما جرى وثبات على قوله وتحقيق الامر عنده وتغبيط له بتكريره على ذلك الحج ان كان ذلك بمكة ص ﴿ مالك أنه سأل ابن شهاب عن الاستثناء في الحج فقال أو يصنع ذلك أحد وأنكر ذلك ﴾ ش قوله الاستثناء في الحج يريد أن يشترط أن يتحلل حيث أصابه مانع وذلك غير جائز عند مالك وأكثر العلماء ص ﴿ سئل مالك هل يحتش الرجل لدابته من الحرم شيأ فقال لا ﴾ ش وهذا كما قال أن لا يحتش أحد في الحرم لدابته ولا لغير ذلك الا الاذخر الذي أباحه النبي صلى الله عليه وسلم والاحتشاش جمع الحشيش والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم في مكة لا يعضد شجرها ولا يختلى خلاها والخلى مايبس من النبت والحشيش فقال العباس الا الاذخر يارسول الله فانه لصاغتنا وقبورنا فقال الا الاذخر وقد قيس عليه السنا للحاجة العامة اليه كالاذخر (مسئلة) ومن احتش في الحرم فلا جزاء عليه وقال الشافعي عليه القيمة وقد تقدم ذكره ولا بأس أن يرعى الابل في الحرم والفرق بينه وبين الاحتشاش أن الاحتشاش تناول قطع الحشيش وارسال البهائم للرعي ليس بتناول لذلك وهذا لا يمكن الاحتراز منه ولو منع منه لامتنع السفر في الحرم والمقام فيه لتعذر الامتناع منه والتحرز والله أعلم وأحكم

﴿ حج المرأة بغير ذي محرم ﴾

ص ﴿ قال مالك في الصرورة من النساء التي لم تحج قط انها ان لم يكن لها ذو محرم يخرج معها أو كان لها فلم يستطع أن يخرج معها انها لا تترك فريضة الله عليها في الحج ولتخرج في جماعة النساء ﴾ ش وهذا كما قال ان المرأة لا يسقط عنها فرض الحج الذي فرض عليها اذا اجتمعت شروط الوجوب والاداء بعدم ذي محرم يخرج معها واذا وجدت جماعة نساء يخرجن خرجت معهن ولزمها ذلك وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تخرج الا مع ذي محرم الا أن يكون بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام بلياليها والدليل على ما نقوله قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وهذا عام في التي تجد ذا محرم وفي التي تعدمه فيحمل على عمومه الا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس ان هذه مسافة يجب قطعها فلم يكن من شرط وجوب قطعها وجود ذي رحم كما لو كان بينها وبين مكة ليلتان (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان هذا حكم حجة الفريضة وأما حجة التطوع منه فروى ابن حبيب لا تخرج فيه الا مع ذي محرم خلاف حجة الفريضة ووجه رواية ابن حبيب حديث أبي سعيد الخدري لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة الا مع ذي محرم منها وهذا سفر غير واجب فلم تخرج اليه الا مع ذي محرم أصل ذلك سائر الاسفار التي لا تجب ولا تؤمن (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد كره مالك أن يخرج بها ابن زوجها وان كان ذا محرم منها ٭ قال الامام أبو الوليد ووجه ذلك عندي ما ثبت للربائب من العداوات وقلة المراعاة في الاغلب فلا يحصل لها منه الاشفاق والستر والحرص على طيب الذكر (مسئلة) ولعل هذا الذي ذكره بعض أصحابنا انما هو في حال الانفراد والعدد اليسير فأما القوافل العظيمة والطرق المشتركة العامرة المأمونة فانها عندي مثل البلاد التي يكون فيها الاسواق والتجار فان الامن يحصل لها دون ذي محرم ولا امرأة وقد روى هذا عن الاوزاعي

٭ وحدثني عن مالك انه سأل ابن شهاب عن الاستثناء في الحج فقال أو يصنع ذلك أحد وأنكر ذلك ٭ سئل مالك هل يحتش الرجل لدابته من الحرم فقال لا

﴿حج المرأة بغير ذي محرم﴾

٭ قال مالك في الصرورة من النساء التي لم تحج قط انها ان لم يكن لها ذو محرم يخرج معها أو كان لها فلم يستطع أن يخرج معها انها لا تترك فريضة الله عليها في الحج وتخرج في جماعة النساء

اذا ثبت ذلك ففي هذا ثلاثة أبواب * أحدها في بيان ما يجوز للمرأة أن تخرج فيه بغير اذن زوجها ولا يجوز له أن يحلها * والثاني في بيان ما لا يجوز لها أن تخرج الا باذن زوجها ويكون له أن يحلها * والباب الثالث فيما يلزمها اذا احللها

﴿ صيام المتمتع ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها كانت تقول الصيام لمن تمتع بالعمرة الى الحج لمن لم يجد هديا ما بين أن يهل بالحج الى يوم عرفة فان لم يصم صام أيام منى * مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر انه كان يقول في ذلك مثل قول عائشة رضى الله تعالى عنها ﴾ ش قولها رضى الله تعالى عنها الصيام لمن تمتع بالعمرة الى الحج لمن يجد هديا ما بين أن يهل بالحج الى يوم عرفة تريد والله أعلم أنه اذا أهل بالحج فقد لزمه الهدى فان عدمه جاز له الصيام وأما قبل أن يهل بالحج ولم يجب عليه هدى فلا يجوز له أن يصوم قبل أن يجب عليه كما لا يجوز له أن ينحر هدى التمتع حينئذ

(فصل) وقولها رضى الله عنها فان لم يصم الى يوم عرفة صام أيام منى وهى أيام التشريق الثلاثة التى تلى يوم النحر وهذا اللفظ يقتضى صحة الصوم من وقت يحرم بالحج المتمتع الى يوم عرفة وان ذلك مبدأ اما لانه وقت الاداء وما بعد ذلك من أيام منى وقت القضاء واما لان في تقديم الصيام قبل النحر ابراء للذمة وذلك مأمور به وأما ان صيام ما قبل يوم النحر مباح لمن يريد الصوم وصيام أيام منى ممنوع فانما يباح الصوم فيها للضرورة لمن لم يصم قبل ذلك ليكون صومه في حجه امتثالا لقوله تعالى فصيام ثلاثة أيام في الحج وما بعد أيام منى فليس محلا لهذا الصوم على وجه الاداء لان ما بعد أيام منى لا يكون الصوم فيها في الحج وقد قال أصحاب الشافعي ان صيام أيام منى انما هو على وجه القضاء والاظهر من المذهب انه على وجه الاداء وان كان الصوم قبلها أفضل كوقت الصلاة الذى فيه سعة للاداء وان كان أوله أفضل من آخره والله أعلم (فرع) وقد تقدم انه لا يصوم اليومين الأولين من أيام التشريق الا المتمتع الذى لا يجد الهدى لضرورة أن يقع صومه في الحج وأما اليوم الثالث فانه يصومه من نذره والفرق بينهما ان اليوم الثالث لا يتحقق بالحج لانه قد يترك الحاج المقام فيه بمنى ويترك الرمى والمبيت وأما اليومان الأولان فتحققان بالحج لا يجوز لمن حج أن يترك لهما المبيت ولا أن يترك الرمى والمقام فيهما بمنى فلذلك افترق حكمهما والله أعلم * تم كتاب الحج بحمد الله وعونه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الضحايا ﴾

﴿ ما ينهى عنه من الضحايا ﴾

﴿ مالك عن عمرو بن الحارث عن عبيد بن فيروز عن البراء بن عازب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا فأشار بيده وقال أربعا وكان البراء بن عازب يشير بيده ويقول يدى أقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين ظلعها والعوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى ﴾ ش قوله سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا يتقى من

﴿ صيام المتمتع ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة ابن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها كانت تقول الصيام لمن تمتع بالعمرة الى الحج لمن لم يجد هديا ما بين أن يهل بالحج الى يوم عرفة فان لم يصم صام أيام منى * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر انه كان يقول في ذلك مثل قول عائشة رضى الله تعالى عنها

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الضحايا ﴾

﴿ ما ينهى عنه من الضحايا ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن عمرو بن الحارث عن عبيد ابن فيروز عن البراء بن عازب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا فأشار بيده وقال أربعا وكان البراء يشير بيده ويقول يدى أقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين ظلعها والعوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى

الضحايا دليل على ان الضحايا عنده صفات يتقى بعضها ولا يتقى بعضها ولو لم يعلم انه يتقى منها شئ لسأله هل يتقى من الضحايا شئ أم لا والذى يتقى من الضحايا على ضربين ضرب يتعلق به عدم الاجزاء وضرب تتعلق به الكراهة وقد ذكر صلى الله عليه وسلم صفات جامعة للمعانى التى تتقى من جهة النص ومن جهة السنة وجمع ذلك فى أربع صفات ليسهل على السائل حفظ جواب ما سأل عنه وأشار بيده ليكون فى ذلك تذكرة له ومنع من النسيان

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين ظلعها دليل على أن العرج على ضربين ضرب يمنع الاجزاء وضرب لا يمنعه فأما ما يمنع الاجزاء فقد قال الشيخ أبو القاسم فى تعريفه العرجاء البين ظلعها هى الشديدة العرج التى لا تلحق الغنم فهذه التى لا تجزئ وقال أبو حنيفة تجزئ ودليلنا على ذلك الحديث المتقدم قوله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين عرجها ولا شك أن العرجاء تمشى وأما التى لا تمشى فلا يقال فيها عرجاء لان العرج من صفات المشى ومن جهة القياس انها مريضة فوجب أن لا تجزئ أصله المريضة البين مرضها وأما العرج الذى لا يمنع الاجزاء فهو العرج الخفيف روى ابن حبيب عن مالك انه استخفها اذا لم يمنعها أن تسير بسير الغنم وذلك صحيح لان عرج هذه ليس ببين وانما يكون حينئذ عرجا خفيفا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والعوراء البين عورها يريد والله أعلم التى ذهب بصر احدى عينيها يقال عارت العين تعار وعورت اذا ذهب بصرها ويقال عين عوراء ولا يقال عمياء والشاة اذا عورت احدى عينيها مع بقائها لا ينقص ذلك من لحمها وانما نقص بعض خلقها عن حل السلامة والتمام بمعنى طارئ عليها فى الغالب لا يعود ذلك بمنفعة فى لحمها فينبغى أن يتقى فى الضحايا ما كان بمعنى ذلك ونقصان الخلقة على ثلاثة اضرب ضرب ينقص منافعها وجسمها فاذا لم يعد بمنفعة فى لحمها منع الاجزاء كعدم يد أو رجل وضرب ينقص المنافع دون الجسم كذهاب بصر العين أو العينين أو ذهاب الميز فما كان له تأثير بين كالعور والعمى والجنون فهو يمنع الاجزاء ولم أجد نصا لاصحابنا فى الجنون وأما الضرب الثالث فهو نقصان الجسم دون المنافع كذهاب القرن والصوف وطرف الأذن والذنب فما كان من باب المرض أو مما يشوه الخلقة أو ينقص جزأ من لحمها وجب أن يمنع الاجزاء

(فرع) واذا كان بعين الأضحية بياض فلو كان على الناظر وكان يسيرا لا يمنعها أن تبصر أو كان على غير الناظر لم يمنع الاجزاء رواه ابن المواز فى كتابه عن مالك وأما ان منعها الرؤية لكونه كثيرا على الناظر فهى العوراء وكذلك عندى لو ذهب أكثر بصر عينها (فرع) وروى ابن المواز فى كتابه ان الجدع يمنع وأما العصب فى الأذن أو الاذنين فان استوعب الأذن فانه يمنع الاجزاء وأما الشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة والشرقاء هى المشقوقة الاذن والخرقاء هى التى يخرق أذنها السمة والمقابلة هى التى يقطع طرف أذنها والمدابرة هى التى يقطع من مؤخر أذنها فقال القاضى أبو الحسن وهذه الصفات كلها عندى لا تمنع الاجزاء وانما تمنع الاستحباب وهذا قد قاله على الاطلاق غير ان المذهب مبنى على ان الكثير من القطع يمنع الاجزاء واليسير لا يمنعه وأما شق الأذن ففى المبسوط أن مالكا كان يوسع فى اليسير منه كالسمة ونحوها * قال القاضى أبو الوليد والذى عندى ان الشق لا يمنع الاجزاء الا أن يبلغ من الأذن المبلغ الذى يشوه الخلقة والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فقد روى ابن القاسم عن مالك انه لم يحد حدا بين القليل والكثير قال محمد فى كتابه والنصف عندى كثير والأصل فى ذلك ان طريقه الاجتهاد وقال أبو حنيفة فى الاذن والذنب والإلية فى أحد قوليه

أن الثلث عنده كثير وهو نحو مما أورده ابن حبيب والقول الثاني ان الثلث عنده في حيز القليل وهو نحو قول ابن المواز في الاذن الا انه سوى بين الذنب والاذن والالية * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأظهر في ذلك عندي مذهب أصحابنا وهو الصحيح ان شاء الله ان ذهاب ثلث الاذن في حيز اليسير وذهاب ثلث الذنب في حيز الكثير لان الذنب ذو لحم وعظم وعصب والأذن ليس فيه غير طرف جلد لا يكاد يناً لم بقطعه ولا يستضر به لكنه ينقص الجمال كثيره والله أعلم (مسئلة) وأما السكاء ففي المدونة انها الصغيرة الاذنين قال ابن القاسم وهي الصمعاء فهي تجزئ عند مالك وأما التي خلقت بغير أذنين فلا خلاف في ذلك وقال الشيخ أبو القاسم لا يضحى بالسكاء وهي التي خلقت بغير أذنين * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والذي عندي في ذلك انه ان كان الأذن من الصغر بحيث تقبح الخلقة معه ويقع به التشويه فانه يمنع الاجزاء (مسئلة) وأما الثرماء قال ابن حبيب وهي التي سقطت أسنانها من كبر أو كسر فلا تجزئ وفي الموازية ان سقطت أسنانها من اثغار أو هرم أو حفيت فلا بأس بها وان كان من غير ذلك فلا يضحى بها قال في المبسوط لانه نقص من خلقها قال القاضي أبو اسحق ذهب ابن الفتية (؟) انما تسقط أسنانها من داء نزل بها فصار عيبا بها والهرمة سقطت أسنانها من كبر وهو أمر معتاد ووجه قول ابن حبيب ان الهرم معنى يضعف الحيوان فاذا أسقط الاسنان منع الأضحية كالمرض (فرع) فاذا قلنا ان ذهاب الاسنان يمنع الأضحية ففي كتاب محمد لا يمنع ذلك ذهاب السن الواحدة وفي المبسوط اذا سقط لها سن أو أسنان فهو عيب ولا يضحى بها فانه نقصان من خلقها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والمريضة البين مرضها قال أبو الحسن ذلك لمعان أحدها ان المرض نهك بدنها فينقص لحمها والثاني انه يفسده حتى تعافه النفس والثالث انه ينقص ثمنها وهذه المعاني على ما ذكر فيجب أن يكون كل غرض يحدث ذلك في النفس يمنع أن يضحى بها والجرة وهي البشمة لا تجزئ وكذلك الجرباء فما بلغ من ذلك كله حد المرض البين وجب أن يمنع الاجزاء (مسئلة) قال مالك ولا يجوز الدبر من الابل قال ابن القاسم ومعنى قوله في الدبرة الكبيرة فأرى المجروح بتلك المنزلة ان كان جرحا كبيرا * قال القاضي أبو الوليد ووجه ذلك عندي انه من المرض الذي يمنع الاجزاء كالمكسورة القرن تدمى واذا كان الجرح صغيرا لا يضر بالاضحية أو بالهدى فليس من باب المرض فلم يمنع ذلك الاجزاء

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والعجفاء التي لا تنقى النقي الشحم يريد انه لا يوجد فيها شحم فاذا بلغت هذا الحد من الهزال فانها لا تجزئ لانها خارجة عن الحد المعتاد لانه لا منفعة في لحمها ولا طيب كالمريضة ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يتقي من الضحايا والبدن التي لم تسن والتي نقص من خلقها قال مالك وذلك أحب ما سمعت الى ﴾ ش قوله كان يتقي من البدن والضحايا البدن ما أهدى من الابل ذكرا كان أو أنثى وقد تقدم الكلام في معناها في الحج واتقاؤه فيها ما لم تسن يريد ما لم تبلغ سن الاجزاء وهذا لفظ يستعمل غالبا في الهرم وما قارب به فيقال أسن فلان اذا بلغ سن الشيخ ولم يرد ذلك ههنا لانه لا خلاف ان الثنية من كل نوع من أنواع الضحايا تجزئ وان كانت لم تبلغ حد تمام السن وانما هو أول الاثغار ويحتمل أن يريد بذلك التي لم تبلغ أو تكون مسنة من البقر وأكثر ما يعتبر ذلك بالسنين وان جاز أن يتقدم يسيرا أو يتأخر يسيرا على حسب اختلاف الخلقة ولكن المعتاد متقارب فالجذع من الضأن قد اختلف الفقهاء فيه فقال ابن حبيب الجذع بن

* وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يتقي من الضحايا والبدن التي لم تسن والتي نقص من خلقها قال مالك وهذا أحب ما سمعت الى

الضأن والماعز ابن سنة وقاله ابن نافع وأشهب وعلى هذا أكثر الناس وقاله أبو عبيد قال في المعز والضأن هو في السنة الثانية جذع وروى ابن وهب انه ابن عشرة أشهر وروى سحنون عن على بن زياد هو ما استكمل ستة أشهر وقاله ابن شعبان قال وقيل ثمانية أشهر وأما الثنى فقال ابن حبيب هو ابن سنتين دخل في الثالثة والأنثى ثنية وأما الابل فقال ابن حبيب الجذع من الابل ابن خمس سنين والثنى ابن ست سنين وقال أبو عبيدة اذا أتت عليه الخامسة فهو جذع فاذا ألقى ثنيته في السادسة فهو ثنى وأما البقر فقد قال ابن حبيب الجذع من البقر ابن ثلاث سنين والثنى ابن أربع سنين وقال أبو عبيد هو أول سنة تبيع والأنثى تبيعة ثم جذع ثم ثنى وقال القاضى أبو محمد الثنى من البقر ماله سنتان وقد دخل في الثالثة وهو أشبه بقول أبى عبيد والله أعلم

﴿ النهى عن ذبح الضحية قبل انصراف الامام ﴾

﴿ النهى عن ذبح الضحية قبل انصراف الامام ﴾ * حدثنى يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار أن أبا بردة ابن نيار ذبح ضحيته قبل أن يذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الاضحى فزعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يعود بضحية أخرى قال أبو بردة لا أجد الا جذعا يارسول الله قال وان لم تجد الا جذعا فاذبح

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار أن أبا بردة بن نيار ذبح ضحيته قبل أن يذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الأضحى فزعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يعيد بضحية أخرى فقال أبو بردة لا أجد إلا جذعا يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وان لم تجد إلا جذعا فاذبح ﴾ ش قوله ان أبا بردة ذبح أضحيته قبل أن يذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الأضحى فزعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يعيد يقتضى أن يكون ذبحه الذى يجزيه بعد ذبح الامام ويلزم مع ذلك أن يلزم وقت ذبح الامام ليترتب على ذلك ذبح الناس فأما وقت ذبح الامام فهو بعد السلام من صلاة العيد يوم الأضحى فمن ذبح قبل الصلاة لم يجزه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى اذا ذهب من الوقت بمقدار ما يصلى ركعتين بقراءتهما وتمامها للعيد فقد جاز الذبح فمن ذبح حينئذ قبل الصلاة أجزأه والدليل على مانقوله ما أخرجه البخارى من حديث البراء بن عازب سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يخطب فقال أول مانبدأ به في يومنا هذا أن نصلى ثم نرجع فننحر فمن فعل هذا فقد أصاب سنتنا ومن نحر قبل ذلك فانما هو لحم يقدمه لأهله ليس من النسك في شئ فقال أبو بردة ذبحت يارسول الله قبل أن أصلى وعندى جذعة خير من مسنة فقال اجعلها مكانها ولن تجزئ أو توفى عن أحد بعدك وهذا بين في موضع الخلاف ووجه ذلك من جهة المعنى انا قد بينا انه لا يذبح الا بعد أن يذهب من الوقت بقدر فعل الصلاة فوجب أن يعتبر بفعل الصلاة لا بمقدار فعلها أصل ذلك السعى لما ترتب على ركعتى الطواف كان الاعتبار في ذلك بفعل ركعتى الطواف لا بمقدار فعلها من الوقت (مسئلة) اذا ثبت ان الذبح بعد الصلاة فان الامام يذبح أولا ثم يذبح الناس بعده فمن ذبح قبل الامام لم يجزه رواه ابن المواز وغيره وقال أبو حنيفة من ذبح بعد الصلاة وقبل الامام أجزأه ودليلنا الحديث المذكور وهو ان أبا بردة بن نيار ذبح أضحيته قبل أن يذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعيد بأضحية أخرى ودليلنا ما أخرجه مسلم من حديث جابر بن عبد الله أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى بهم يوم النحر بالمدينة فسبقهم رجال فنحروا وظنوا أن النبى صلى الله عليه وسلم قد نحر فأمر النبى صلى الله عليه وسلم من كان نحر قبله أن يعيد بنحر آخر ولا ينحر حتى ينحر النبى صلى الله عليه وسلم (فرع) المضحون على ضربين أحدهما بحضرة الامام والآخر بغير حضرته فأما من كان بحضرة الامام فلا يخلو امامه من أن يظهر نحر أضحيته أو لا يظهر ذلك فان أظهر ذبح أضحيته باثر الصلاة فمن ذبح قبله فالمشهور عن مالك انه لا يجزئه

وأمامن لم يظهر ذبح أضحيته ففي كتاب محمد ان ذبح رجل أضحيته قبله في وقت لو ذبح الامام بالمصلى لكان هذا قد ذبح بعده لم يجزه وقال أبو مصعب اذا ترك الامام الذبح بالمصلى فمن ذبح بعد ذلك فهو جائز وأما من كان بموضع ليس به امام مثل أهل القرى الذين لا يصلون صلاة عيد بخطبة فقد روى ابن القاسم عن مالك يتحرون صلاة أقرب الأئمة اليهم وذبحه فمن تحرى ذلك فأخطأ فذبح قبل ذبحه ففي المدونة من قول ابن القاسم يجزيه ورواه مطرف وابن الماجشون عن مالك وأنكر ذلك ابن المواز في كتابه فقال قد روى أشهب عن مالك خلافه ونقله أبو محمد في نوادره فقال وقد روى أشهب عن مالك لا يجزيهم وهو أحب الينا وقد قيل ان رواية أشهب عن مالك انما هي فيمن ذبح على علم انه قد ذبح الامام ورواية ابن القاسم فيمن تحرى أن يذبح بعده فأخطأ فذبح قبله والله أعلم وجه قول ابن القاسم ان فرضهم الاجتهاد والتحرى في أمر غائب عنهم لا يمكنهم تيقنه فكان الخطأ موضوعا عنهم كالخطأ في القبلة عند الاشتباه في اعلامها ووجه قول أشهب انهم غير معذورين لانهم قادرون على التأخير الذى لو أخر الامام اليه لجاز لأهل بلده الذبح قبله وما كان مثل هذا لا يسوغ فيه التحرى كالوقت في الصيام والصلاة

(فصل) وقول أبي بردة لا أجد الا جذعا دليل على أنه قد علم أن الجذع يتعلق به حكم المنع إما لأن غيره يجزى دونه أو لأن غيره أفضل منه وقد روى في حديث البراء بن عازب أنه قال انها كانت جذعة من المعز وللانسان تعلق بالاجزاء وتأثير فيه لأنه لا خلاف أنه لا تجوز السخلة ولا الفصيل والذى يجزى عن الانسان في الضحايا من الضان الجذع فما فوقه ومن المعز والابل والبقر الثنى فما فوقه والدليل على اجزاء الجذع من الضان ما أخرجه مسلم من حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضان والدليل على أن الجذع من المعز لا يجزى ما روى في حديث البراء أن أبا بردة بن نيار قال ان عندى عناق جذعة وهى خير من شاتي لحم فهل تجزى عنى قال نعم ولن تجزى عن أحد بعدك فان قيل فما الفرق بين الضأن وغيرها قيل له الفرق بينهما نص صاحب الشريعة ولا فرق أصح منه ووجه آخر وهو أنه قد روى ابن الاعرابى أنه قال ان المعز والبقر والابل لا تضرب فحولتها الا بعد أن تثنى والضأن تضرب فحولتها اذا أجذعت (فرع) اذا ثبت ذلك فالثنى من الضان أحب الى مالك من الجذع رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تذبحوا الا مسنة الا أن يعسر عليكم فاذبحوا جذعة من الضان ومن جهة المعنى أن في ذلك خروجا عن الخلاف المروى وفي الثنى أيضا من تمام الجسم وكماله ما يفضل به الجذع والله أعلم ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن عباد بن تميم أن عويمر بن أشعر ذبح ضحيته قبل أن يغدو يوم الاضحى وأنه ذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره أن يعيد بضحية أخرى ﴾ ش قوله ان عويمرا ذبح قبل أن يغدو يوم الاضحى يريد قبل أن تغدو الى المصلى لأنه هو الغدو المعتاد في يوم الاضحى فاستغنى بذلك عن ذكره ولو أراد غيره من الغدو لبينه ويحتمل أن يريد به قبل أن يحدث غدوا وهو بعد في وقت يمكنه الغدو فلما أخبر النبى صلى الله عليه وسلم بذلك ولعله أخبره لما ذكر النبى صلى الله عليه وسلم في الذبح قبل الصلاة ما تقدم فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يعيد بضحية أخرى يعنى أن الاولى لم تكن ضحية مجزية

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن عباد ابن تميم أن عويمر بن أشعر ذبح ضحيته قبل أن يغدو يوم الاضحى وأنه ذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره أن يعيد بضحية أخرى

﴿ مايستحب من الضحايا ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع أن عبدالله بن عمر ضحى مرة بالمدينة قال نافع فأمرنى أن أشترى له كبشا فحيلا أقرن ثم أذبحه يوم الاضحى فى مصلى الناس قال نافع ففعلت ثم حمل الى عبدالله بن عمر فحلق رأسه حين ذبح الكبش وكان مريضا لم يشهد العيد مع الناس قال نافع وكان عبدالله بن عمر يقول ليس حلاق الرأس بواجب على من ضحى وقد فعله ابن عمر ﴾ ش قوله انه ضحى مرة بالمدينة يريد أن هذا الفعل وقع منه بالمدينة لأن كثيرا مما حكاه لايتأتى فى غير الامصار من الذبح بالمصلى وغير ذلك والا فقد كان يضحى بالمدينة وفى أسفاره وقد روى عنه أنه اشترى فى سفره شاة من راع وأمره بذبحها عنه وقد روى ابن المواز عن مالك أن الاضحية لازمة للمسافر كلزومها للمقيم

(فصل) وقوله فأمرنى أن أشترى له كبشا شراء الضحايا مما يجب أن يتوقى فيه لأنها قربان فمن كان فى بلده أسواق لها فلا يشترى منها ما يجلب الى الاسواق حتى يرد السوق لأن ذلك من التلقى المنهى عنه فيجب أن ينزه عنه ما يتقرب به الى الله عز وجل من أضحية وهدى (فرع) فان ضحى بما اشترى فى التلقى قال عيسى عليه البدل فى أيام النحر ولايباع لحم الأولى ووجه ذلك أن أضحيته قد وجبت على الوجه المنهى عنه فلم تجزه أو لم تتم فضيلتها لفساد ملكه لها فكان عليه بدلها ليدرك الاضحية أو ليدرك تمام فضيلتها ولم يجز له بيع لحمها لأنه قد قصد بذبحها القربة

(فصل) وقوله فأمرنى أن أشترى له كبشا فحيلا أقرن فيه خمس مسائل احداها أن الاضحية لاتكون من غير بهيمة الانعام والثانية أن الضأن أفضل أجناس الضحايا والثالثة أن ذكورها أفضل من اناثها والرابعة أن الفحل منها أفضل من الخصى والخامسة أن الاقرن أفضل من الاجم فأما المسئلة الاولى فى أن الاضحية لاتكون الا من بهيمة الانعام الغنم والبقر والابل ولو ضربت فحول البقر الانسية اناث البقر الوحشية فقد قال الشيخ أبو اسحق اتفق أصحابنا أنه لايضحى بها واختلفوا اذا ضربت فحول الوحشية اناث الانسية والذى أقول به اجازة ذلك ومعنى ذلك أن كل ولد نتج لامه فى الجنس والحكم وانما يختلف ذلك فى ولد آدم وانما منع من ذلك بالمنع من أصحابنا اذا كانت الفحول وحشية ليغلب الحظر على الاباحة (مسئلة) فأما المسئلة الثانية من أن أفضل الأضاحى الضان فهو مذهب مالك رحمه الله وسائر أصحابه أن الضأن أفضل من المعز واختلفوا فى التفضيل بين البقر والابل فروى الشيخ أبو اسحق أن الافضل الابل وحكى الشيخ أبو القاسم والقاضى أبو محمد فى معونته أن البقر أفضل وقال أبو حنيفة والشافعى الابل أفضل ثم البقر ثم الغنم والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك من تفضيل الضأن ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يضحى بكبشين أقرنين أملحين ومثل هذا اللفظ لايستعمل الا فيما يواظب عليه ومعلوم أن النبى صلى الله عليه وسلم لايواظب فى خاصته الا على الافضل ومن جهة المعنى أنه لاخلاف أنه لايضحى بجذع الا من الضأن وذلك يقتضى أن لها مزية على غيرها فى الاضحية (مسئلة) وأما المسئلة الثالثة وهى أن ذكر كل جنس أفضل من اناثه فهو مذهب مالك وأصحابه والاصل فى ذلك الحديث المتقدم أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يضحى بكبشين ومن جهة المعنى أن المقصود من الاضحية طيب اللحم ولاخلاف أن لحم الكبش أفضل من لحم النعجة فكان اخراجه أفضل وانما ذلك فى ذكور الجنس واناثه وأما الذكور والاناث فان اناث الضأن أفضل من ذكور المعز واناث

﴿ مايستحب من الضحايا ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع أن عبدالله بن عمر ضحى مرة بالمدينة * قال نافع فأمرنى أن أشترى له كبشا فحيلا أقرن ثم أذبحه يوم الاضحى فى مصلى الناس قال نافع ففعلت ثم حمل الى عبدالله ابن عمر فحلق رأسه حين ذبح الكبش وكان مريضا لم يشهد العيد مع الناس قال نافع وكان عبدالله ابن عمر يقول ليس حلاق الرأس بواجب على من ضحى وقد فعله ابن عمر

المعز أفضل من ذكور ماسوى ذلك من أجناس الاضاحى (مسئلة) وأما المسئلة الرابعة فان الفحل من الضحايا أفضل من الخصى قاله ابن حبيب والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبش أقرن فحيل (مسئلة) وأما المسئلة الخامسة فى ان الأقرن أفضل من الاجم والأصل فى ذلك الحديث المتقدم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبش أقرن فحيل ومن جهة المعنى انه أتم خلقة

(فصل) وقوله ثم اذبحه يوم الأضحى فى مصلى الناس أمر نافعا مولاه بذبح أضحيته على وجه الاستنابة وذلك جائز للضرورة وقد كرهه مالك من غير ضرورة والأصل فى جوازه القياس على الهدايا لانه حيوان شرع ذبحه على سبيل القربة فصحت الاستنابة فيه كالهدايا وانما استنابه عبد الله بن عمر لمرضه والأفضل لمن قدر عليه أن يتولى ذبحها بنفسه لما روى عن أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أقرنين أملحين ذبحهما بيده (فرع) فاذا قلنا يجوز فيه الاستنابة فان استناب مسلما أجزأه وان استناب كتابيا فهل يجزئه أم لا قال ابن القاسم فى المدونة يعيدها ولو أمر بذلك مسلما أجزأه وروى عنه أشهب انه قال يجزئه وجه قول ابن القاسم ان الكافر لاتصح منه نية القربة وان صحت منه نية الاستنابة والاضحية قربة فاذا ذبحها الكتابى لم تكن أضحية وكانت ذبيحة مباحة ووجه قول أشهب ان صح ذبحه لغير الأضحية صح ذبحه للاضحية كالمسلم (فرع) والاستنابة فيها بالتصريح أو العادة فبان يأمر بذبحها عنه أضحية فينوى النائب فى ذلك من الاضحية ما كان ينويه المضحى لو باشر ذبحها وأما العادة ففى المدونة عن ابن القاسم فيمن ذبح أضحيتى بغير اذنى ان كان مثل الولى فى عياله فذبحها ليكفيه أجزأه وان كان على غير ذلك لم يجزه زاد ابن المواز عن ابن القاسم أو بعض من فى عياله ممن يحمل ذلك عنه زاد أبو زيد أو لصداقة بينهما ان وثق به حتى يصدقه انه ذبحها عنه فيحتمل أن يريد ابن القاسم بقوله ولده فى عياله وقول ابن المواز عنه أو بعض عياله ممن يحمل ذلك عنه من يدخله رب الدار فى أضحيته ويكون معنى قوله ممن يحمل ذلك عنه ويحتمل أن يريد به الولد الذى قد فوض اليه القيام فأمره فى جميع أحواله ويكون ذلك معنى قول ابن القاسم فى المدونة الولد فى عياله فيذبحها ليكفيه وأما ما رواه أبو زيد عن ابن القاسم من قوله أو صديقه ان وثق به حتى يصدقه انه ذبحها عنه فيحتمل أن يريد به صديقه الذى يقوم بأموره وقد فوض اليه فى جميع أموره حتى يصدقه انه لم يذبحها عن نفسه وانما ذبحها عن غيره فلهذين القولين وجه على ماتقدم وان كان أراد به انه غير المفوض اليه وانما ذبحها عنه بمجرد الصداقة فالظاهر من المذهب أنه لايجزئه لانه متعد لو شاء أن يضمنه ضمنه الا أن يكون هذا رواية فى المتعدى بذبحها عن صاحبها ان لم يرد صاحبها تضمينه تجزئه فله وجه على ضعفه وقد قال أشهب فى الموازية لاتجزئه وان كان ممن فى عياله وهو ضامن يريد والله أعلم اذا كان غير مأمور به ولا قائم بجميع أموره فى ذلك وغيره (فرع) ومن ذبح أضحية صاحبه غلطا لم يجز المذبوح عنه وان فعل كل واحد منهما باضحية صاحبه ضمنها قاله مالك فى المدونة ووجه ذلك ان كل واحد منهما متعد على أضحية الآخر فلزمه ضمانها لان الخطأ والعمد فى المال سواء واذا ضمنها الذابح لم تجز المتعدى لانها تكون لمن ضمنها ان ضمنها له وان لم يضمنه اياها ورضى بها مذبوحة لم تجز أيضا لانه قد كان ثبت ملكه لها لما كان له من تضمين المتعدى عليها وانما عادت الى حالها من الملك الصحيح التام لبرى التضمين وذلك بعد الذبح ولو كان هديا وقد روى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى الموازية تجزئ من قلده لامن نحره

وروى أشهب عن مالك لا تجزئهما وجه رواية ابن القاسم انه قد وجب بالتقليد فلا يحتاج فى ذبحه الى نية تختص بمن قلده يدل على ذلك انه لو ضل الهدى فوجده رجل فنحره عمن قلده لاجزأ وان لم يتعين له صاحبه ولو فعل ذلك فى الاضحية لم تجز صاحبها و وجه رواية أشهب ان الهدى وان كان قد وجب بالتقليد فان الفساد وعدم الاجزاء يتعلق به بدليل انه لو مات لم يجزه فكذلك اذا ذبح ذبحا يمنع الاجزاء وهو ان يذبح عن غير من قلده (فرع) وهل يجزئ فى الاضحية الذابح لا يخلو أن يكون صاحبها رضيها أو لم يرضها فان رضيها لم يضمن الذابح قيمتها فلا خلاف انها لا تجزى الذابح لانها باقية على ملك صاحبها وان ضمنه اياها ففى الموازية من رواية ابن القاسم عن مالك لا تجزئ واحدا منهما وقال أشهب تجزئ الذابح كالو استحقت بعد الذبح وكذلك أمة أولدها رجل ثم جاء بها فأخذ قيمتها فانها بذلك أم ولد وقال ابن حبيب ان عرف ذلك بعد فوات اللحم أجزأت عن ذابحها غلطا وأدى القيمة وان لم يفت اللحم فربها مخير فان أخذ اللحم فله بيعه وان أخذ قيمة الشاة لم تجز عن ذابحها ولا له بيع لحمها و وجه ذلك أنه اذا عرف ذلك بعد فوات اللحم فقد عين ملكه للشاة ولا خيار لصاحبها فيها فلذلك أجزأته وان عرف ذلك قبل فوات اللحم فربها مخير فى أخذها أو أخذ قيمتها وهذا ينافى ملك الذابح لها ويمنع اجزاءها عنه

(فصل) وانما أمر ابن عمر نافعا بذبح أضحيته يوم الاضحى لأنه الافضل وانما أمر بأن يذبحها فى مصلى الناس لان الاضحية من القرب العامة المسنونة فالافضل اظهارها لان فى ذلك احياء سنتها وقد قال ابن حبيب فى كتابه يستحب الاعلان بالاضحية لكى تعرف ويعرف الجاهل سنتها وما يلزمه منها وكان ابن عمر اذا ابتاع أضحيته يأمر غلامه بحملها فى السوق ويقول هذه أضحية ابن عمر ارادة أن يعلن بها

(فصل) وقول نافع ففعلت يعنى اشترى له الكبش على الصفة التى أمره بها ثم ذبحه يوم الاضحى بالمصلى وليس شراء الاضحية ليضحى بها موجبا لكونها أضحية ولا يتعين ذلك فيها على سبيل الوجوب وانما يتعين على سبيل الوجوب بابتداء الذبح قال القاضى أبو اسحق وقبل فرى الاوداج لانه قد وجد منه النية والفعل وقد قال القاضى أبو اسحق وجماعة من شيوخنا تتعين بالنية والقول باللسان وتجب بذلك كما تجب بالذبح فيكون ذلك فيها كالاشعار والتقليد فى الهدى

(فصل) وقوله ثم حمل الى عبد الله بن عمر لحلق رأسه حين ذبح الكبش وكان مريضا لم يشهد العيد يريد ان الكبش حمل الى عبد الله بن عمر لحلق عبد الله رأسه حين ذبح الكبش ولعله كان امتنع من حلق رأسه وشئ من شعره من أول العشر حين أراد أن يضحى على وجه الاستحباب وان لم يرد ذلك واجبا على ماذكر فى آخر الحديث وقد روى الشيخ أبو بكر والقاضى أبو الحسن انه يستحب لمن أراد أن يضحى اذا رأى هلال ذى الحجة أن لا يقص من شعره ولا يقلم أظفاره حتى يضحى قالا ولا يحرم ذلك عليه وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة ليس فى ذلك استحباب وقال أحمد واسحق يحرم عليه الحلق وتقليم الأظفار والدليل على استحباب ذلك ما رواه أبو عبد الرحمن حدثنا سليمان بن مسلم البلخى ثقة وسليمان بن مسلم الحضارى ليس بثقة حمصى أخبرنا النبصرى أخبرنا شعبة عن مالك عن ابن مسلم عن سعيد بن المسيب عن أم سلمة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من رأى هلال ذى الحجة فأراد أن يضحى فلا يأخذن من شعره ولا من أظفاره حتى يضحى قال أبو عبد الرحمن عمر بن مسلم بن عمار ابن أكيمة قد اختلف فى اسمه فقيل عمرو وقيل عمر وهو مدنى فوجه الدليل منه ان هذا نهى

والنهى اذا لم يقتض التحريم حمل على الكراهية ودليلنا على نفي الوجوب حديث عائشة المتقدم في كتاب الحج أنا فتلت قلائد هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي ثم بعث به مع أبي فلم يحرم على رسول الله صلى الله عليه وسلم شئ أحله الله له حتى نحر الهدى ولا خلاف أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى في ذلك العام

(فصل) وقوله وكان عبد الله بن عمر مريضا لم يشهد العيد مع الناس يقتضي أن مرضه منعه صلاة العيد مع الناس والبروز لها ولم يمنعه مما شرع من ذبح الضحية واظهارها وقد تقدم ذكره ولم يمنعه مرضه من انفاذ الضحية في ماله وهي قربة كالصدقة والعتق لما كان ماله يتسع لذلك وذلك أن حكم الأضحية قبل ذبحها حكم ماله تورث عنه قاله مالك في المختصر والموازية وقال عيسى عن ابن القاسم في العتبية ولغرمائه أخذها ان لحقه دين (فرع) اذا ثبت أن حكمها حكم ماله تورث عنه وتباع لغرمائه فقد قال ابن القاسم يستحب لورثته ذبحها وروى عبد الملك بن الحسن عن أشهب لا يضحى بها عنه وهي ميراث وجه قول ابن القاسم انه مال أخرجه على وجه القربة فاستحب لورثته انفاذ ذلك كما استحب له اخراجها بعينها وكره له بدلها ووجه قول أشهب انه لم يوجبها ولم يأمر باخراجها عنه وانما أعدها ليوجبها في وقت وهو لم يأن فهي كسائر ماله (فرع) ولو مات عن هديه بعد أن قلده ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم للغرماء بيعه كما لهم بيع ما أعتق ورد عتقه * قال القاضي أبو الوليد وهذا عندي حكم الأضحية بعد الايجاب بالقول على مذهب من رأى ذلك من أصحابنا (مسئلة) ولو مات بعد ذبح أضحيته فقد قال مالك في المختصر هي لورثته ولا تباع في دينه ورواه في العتبية عيسى عن ابن القاسم ووجه ذلك انها فاتت بالذبح وصارت في حكم المستهلك كما لو أكلها (فرع) والفرق بين ذبحها وتقليد الهدى ان التقليد لا يضمن له الهدى والذبح تضمن به الأضحية فكان ذلك فوتا فيها (فرع) فاذا قلنا ان الأضحية تورث عنه بعد الذبح فان لورثته أكلها وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك ينهوا عن بيع لحمها ولا خلاف بين أصحابنا نعلمه في المنع من البيع لانه انما انتقل اليهم ملكا على حسب ما كان للمضحى وأما قسمتها فقد أجاز ذلك مالك من رواية مطرف وابن الماجشون عنه وابن القاسم من رواية عيسى عنه ومنع منه في كتاب محمد فقال لانه يصير بيعا فيحتمل أن يكون سبب الخلاف في ذلك اختلاف قول مالك وأصحابه في القسمة هل هي تمييز حق أو بيع ويحتمل أن يريد أنها اذا وقعت القسمة على وجه كانت بيعا فلم تجز في الأضحية واذا وقعت على وجه كانت تمييز حق فجاز ذلك فيها (مسئلة) وهذا حكم من انتقل اليه حكم الأضحية بالميراث فأما من انتقل اليه بهبة أو صدقة فقد روى ابن حبيب في كتاب الحدود عن أصبغ للمعطى بيع ذلك ان شاء وحكى ابن المواز عن مالك ليس له بيعه وجه القول الأول ان نهاية القربة في الاضحية الصدقة بها فاذا بلغت محلها كان لمن صارت اليه التصرف فيها بالبيع وغيره كالزكاة ووجه القول الثاني أن ايجاب النسك على وجه الاضحية يمنع البيع كما لو انتقل اليه بالميراث وأما ما أخرج في الزكاة فقد كان له التصرف فيه بالبيع وغيره الى أن ينتقل عن ملكه بالاخراج فلذلك كان لمن انتقل اليه التصرف فيه بمثل ذلك (مسئلة) وهذا مبني على أن المضحى ليس له بيع أضحيته ولا بيع شئ منها كالهدى والاصل فيه ما روى مجاهد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أخبره أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يقوم على بدنه وأن يقسم بدنها كلها لحومها وجلودها وجلالها في المساكين ولا يعط في جزارتها منها شيأ زاد عبد الكريم عن مجاهد نحن نعطيه من عندنا قال

مالك ولا يباع جلد أضحية بجلد ولا غيره (فرع) فان باع من أضحيته شيأ فقد قال ابن حبيب من باع جلد أضحيته جهلا فلا ينتفع بالثمن وعليه أن يتصدق به وروى عن سحنون ان من باع جلد أضحيته أو شيأ من لحمها ان أدرك فسخ والا جعل ثمن الجلد فى ماعون أو طعام و يجعل ثمن اللحم فى طعام يأكله وقال محمد بن عبد الحكم من باع جلد أضحيته فليصنع بثمنه ماشاء من امساك أو غيره وهذا الاختلاف انما هو فى حكم ثمن المبيع بعد فواته وأما بيعه فتفق على منعه فنع ابن حبيب الانتفاع بالثمن وجوز سحنون تصريف ثمنه فيما ينتفع به دون مايقول ويصرف فى التجارات التى تختص بالاثمان وأما قول ابن عبد الحكم فيحتمل أن يذهب الى قول أبى حنيفة فى تجويزه بيع جلد الاضحية بما سوى الدراهم مما يعان و ينتفع به والاظهر انه منع البيع غير أنه كان هذا حكم الثمن عنده اذا فات البيع والله أعلم (مسئلة) وللرجل أن يؤاجر جلد الاضحية وجلد الميتة قال الشيخ أبو محمد يريد بعد الدباغ ووجه ذلك ان مامنع بيعه لم تمنع اجارته لمنفعته المباحة كجلد الميتة فانه منع بيعه ولم تمنع اجارته لمنفعته المباحة (مسئلة) ومن تلف له شىء عند صانع يلزمه ضمانه أو غاصب أو متعد فقد قال ابن القاسم من سرقت رؤس أضحيته فى الفرن استحب أن لايغرمه شيأ وكأنه رآه بيعا وقال ابن الماجشون وأصبغ له أخذ القيمة و يصنع بها ماشاء وكذلك قيمة الجلد يضيع أو يستهلك ألا ترى ان من خلق ثوبه فغصبه غاصب ان له أخذ قيمته وله أن يأخذ من اللحم المستهلك ماشاء من طعام أو حيوان ولا يجوز ذلك فى البيع فوجه قول ابن القاسم ان أخذ القيمة نوع من المعاوضة وهى ممنوعة فى الأضحية (مسئلة) وأما صوف الأضحية فان جز قبل ذبحها فقد روى محمد عن أشهب أن له أن يجزها قبل الذبح وروى ابن القاسم عن مالك فى الموازية والعتبية لا تجز وجه قول مالك ان تعيينها للأضحية قد أثر المنع فى أخذ شىء منها كاللحم ووجه قول أشهب انه معنى تجوز ازالته منها قبل الذبح دون مضرة فجاز له أخذ ذلك منها قبل ايجابها (فرع) اذا ثبت ذلك فان جزها فقد قال ابن القاسم قد أساء وتجزيه أضحيته و ينتفع بالصوف ولا يبيعه وقال سحنون لا أرى ببيعه بأسا ويأكل ثمنه وقال أشهب له بيعه و يصنع بثمنه ماشاء لانها لم تجب قبل الذبح فيحتمل قول ابن القاسم وجهين أحدهما انه ممنوع من جزه حتى يتقرب بذبحها على الهيئة التى عينها فان أقدم على ذلك فلا يبيعه لان حكم المنع متعلق ببيعه كسائر أجزائها والوجه الثانى انه مباح له جزه وان كان تعلق به حكم الأضحية الا أن جزه فى حكم تفريق ابعاضها من غير ضرورة فلا يتعلق به منع كالولادة ولما لم يكن للذكاة تأثير فى الصوف جاز التفريق لانه لايباع كما لايباع الولد ووجه قول سحنون ان الصوف لما كان لايؤكل جاز بيعه وأكل ثمنه لانه بذلك يتوصل الى أكل أجزاء الأضحية لانه المقصود منها (فرع) فأما بعد الذبح فله جز صوفه (مسئلة) واذا نتجت الأضحية فقد روى محمد عن أشهب لايجوز ذبح ولدها وقال مالك ان ذبحه مع أمه فحسن وجه القول الاول ان سن الأضحية معتبر وهو معدوم فى السخلة ووجه القول الثانى انه تبع لأمه فلا يعتبر الا بصفتها دون صفته كالصوف واللبن (مسئلة) وأما لبن الأضحية فقد قال مالك له شرب لبن الأضحية ولا يجوز له شرب لبن الهدى ولا مافضل عن فصيلها ووجه ذلك ان الأضحية لم تجب بعد والبدنة قد وجبت بالتقليد مع بقاء حياتها

(فصل) وقول نافع وكان عبد الله بن عمر يقول ليس حلاق الرأس بواجب على من ضحى وقد فعله ابن عمر يريد انه ليس بواجب على من ضحى أن يحلق رأسه وقد فعله عبد الله بن عمر ولعل عبد الله بن

عمر قد فعله لحاجته اليه أو فعله استحبابا

﴿ إدّخار لحوم الأضاحى ﴾

ص ﴿ مالك عن أبى الزبير المكى عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ثم قال بعد كلوا وتصدقوا وتزوّدوا وادّخروا ﴾ ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث يريد انه نهى أن يأكل منها ذابحها والمضحى بها بعد ثلاثة أيام وهى أيام الذبح لانه لما أباح الذبح فى الثلاثة الأيام أباح الأكل فيها من الأضحية وقصر اباحة الأكل عليها ليتمكن المضحى بأن يؤخر الذبح الى آخرها ولا يتعذر عليه الأكل منها ويحتمل أن يريد اباحة الأكل بعد ثلاثة أيام من وقت ذبح أضحيته وان ضحى فى آخر أيام الذبح فأبيح له الأكل منها ثلاثة أيام ليكون ذلك مقدار ما يأكل فيه منها لان فى منعه منها بعد اليوم أو المدة اليسيرة تضييقا عليه وفى أكله منها ثلاثة أيام منتفع وسعة ونهى عن أكلها بعد والنهى يقتضى التحريم ثم نسخ ذلك باباحة أكله وتزوّده وادخاره بعد ثلاثة أيام وهذا من نسخ السنة بالسنة ص ﴿ مالك عن عبد الله ابن أبى بكر عن عبد الله بن واقد أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث قال عبد الله بن أبى بكر فذكرت ذلك لعمرة بنت عبد الرحمن فقالت صدق سمعت عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم تقول دف ناس من أهل البادية حضرة الأضحى فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادخروا لثلاث وتصدّقوا بما بقى قالت فلما كان بعد ذلك قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم لقد كان الناس ينتفعون بضحاياهم ويجملون منها الودك ويتخذون منها الأسقية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذاك أو كما قال قالوا نهيت عن لحوم الضحايا بعد ثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما نهيتكم من أجل الدافة التى دفت عليكم فكلوا وتصدقوا وادخروا يعنى بالدافة قوما مساكين قدموا المدينة ﴾ ش قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الأضاحى بعد ثلاث ظاهره التحريم وقد يصح حمله على الكراهية بدليل ان وجد وقد اختلف الناس فى تأويله فتأوله قوم على التحريم وان النسخ باباحته طرأ بعد ذلك وحمله قوم على الكراهية ويحتمل أن تكون الكراهية منسوخة ويحتمل أن تكون باقية ويحتمل أن يكون حكم المنع ثبت لعلة وارتفع لعدمها فيكون ذلك المنع وان ورد بلفظ العموم محمولا على الخصوص بدليل فأما من ذهب الى القول الاول فتعلق بانه صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الأضاحى بعد ثلاث قال بعد ذلك كلوا وتزوّدوا وادخروا واذا وردت الاباحة بعد الحظر فهو حقيقة النسخ وقد روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت الضحية كنا نصلح منه فنقدم به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة فقال لا تأكلوا منه الا ثلاثة أيام وليست بعزيمة ولكن أراد أن يطعم منه والله أعلم وقد روى عن علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه ما يدل على استدامة حكم المنع وروى أبو عبيد قال شهدت العيد مع علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه فصلى قبل الخطبة ثم خطب الناس فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهاكم أن تأكلوا لحوم نسككم فوق ثلاث فذكر ذلك فى خطبته للناس يوم الأضحى ليعملوا به وهذا يدل على انه غير منسوخ عنده وقد روى عن عبد الله بن عمر معنى ذلك فى الامتناع ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم انما منع

عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ثم قال بعد كلوا وتصدقوا وتزودوا وادخروا * وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن أبى بكر عن عبد الله بن واقد انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث قال عبد الله بن أبى بكر فذكرت ذلك لعمرة بنت عبد الرحمن فقالت صدق سمعت عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم تقول دف ناس من أهل البادية حضرة الاضحى فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادّخروا لثلاث وتصدقوا بما بقى قالت فلما كان بعد ذلك قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم لقد كان الناس ينتفعون بضحاياهم ويجملون منها الودك ويتخذون منها الاسقية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذلك أو كما قال قالوا نهيت عن لحوم الضحايا بعد ثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما نهيتكم من أجل الدافة التى دفت عليكم فكلوا وتصدقوا وادخروا يعنى بالدافة قوما مساكين قدموا المدينة

لأجل الدافة التي دفت وأن علة الحاجة أوجبت ذلك وأن الحاجة لو نزلت اليوم لقوم من أهل المسكنة للزم الناس مواساتهم إلا أن الاظهر ماقدمناه أولا لأنه حكم منسوخ وان كان لأجل الدافة خاصة وماخيف عليه من الهلاك بالمجاعة لما اختص ذلك بلحوم الاضاحى بل كان يلزم الناس مواساتهم بها و بغيرها

(فصل) وقول عائشة رضى الله عنها دف ناس من أهل البادية روى ابن سحنون عن أبيه فى شرح الموطأ أنه سأل عبد الله بن وهب عن تفسير ذلك فقال الدافة القوم القادمون عليهم فنهاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يدخروا لحوم الاضاحى فيمنعوها الذين قدموا فانهم ان لم يدخروا وسعوا بذلك على اخوانهم القادمين قال محمد بن سحنون والدافة الجماعة تسير سيرا ليس بالشديد يقال هم يدفون دفيفا

(فصل) وقوله ادّخروا لثلاث وتصدقوا بما بقى يقتضى أن يمسك منه يوم الاضحى ما يكفى لثلاث ثم يتصدق بما بقى بعد ذلك وهو الذى يقع به الانتفاع للدافة فى يوم الاضحى وفيما بعده

(فصل) وقوله ان الناس كانوا ينتفعون بضحاياهم و يجملون منها الودك و يتخذون منها الاسقية ان كان يريد انهم امتنعوا من اتخاذ الاسقية من جلودها لأجل المنع المتقدم فقد يجب أن يكون المنع بأعم من هذا اللفظ المتقدم لان المنع انما تناول أكل اللحم وقد روى لفظ يتناول جميع الاضحية وهو مارواه سلمة بن الاكوع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ضحى منكم فلا يصبحن بعد ثالثة وفى بيته شئ منه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انما نهيتكم لاجل الدافة التى دفت عليكم فكلوا وتصدقوا وادّخروا لفظة كلوا قد روى ما يقتضى أن معناها الاباحة روى ابن المواز عن مالك لا بأس على الرجل ان لم يأكل من بدنته وروى عنه فى النوادر أنه قال وان تصدق بلحم أضحيته كله فهو أعظم لاجره وروى ما يدل أن هذه اللفظة للندب والاستحباب وذلك أن ابن حبيب روى عن مالك لو أراد رجل أن يتصدق بلحم أضحيته كله لاستغنائه عنه ولا يأكل منه شيئا كان مخطئا وجه رواية ابن المواز أنه حيوان يخرج على وجه القربة فلم يؤمر بالاكل منه أصل ذلك ما نذره أو تصدق به ووجه رواية ابن حبيب أنه حيوان يذبح على وجه القربة المشروعة فكان الاكل منه مشروعا مندوبا اليه كالهدى وقد حكى القاضى أبو محمد عن بعض الناس أنه قال الاكل منها واجب وهو قول شاذ بعيد

(فصل) وأما قوله فتصدقوا فعلى الاستحباب دون الوجوب قاله القاضى أبو محمد لانه لا خلاف اليوم بين الفقهاء فى ذلك والاصل فيه قوله فى الحديث وتصدقوا والامر يقتضى الوجوب أو الندب فاذا دل الاجماع على انتفاء الوجوب حمل على الندب وقد روى عن مالك ولو أن رجلا تصدق بأضحيته كلها لاستغنائه عنها ولم يأكل منها شيأ لكان مخطئا كما لو أكلها ولم يطعم منها وقال ابن المواز يستحب له أن يتصدق ببعض لحم أضحيته ولو لم يتصدق بشئ منه ما جاز له (فرع) اذا ثبت أن الاطعام من الاضحية مشروع فقد روى ابن حبيب لم يحد ما يطعم منها ولا ما يأكل وما فعل مما قل من ذلك أو كثر فهو يجزى زاد الشيخ أبو القاسم والاختيار أن يأكل الاقل و يقسم ما بقى ولو قيل يأكل الثلث و يقسم الثلثين كان حسنا والله أعلم ص * مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن أبى سعيد الخدرى أنه قدم من سفر فقدم اليه أهله لحما فقال انظروا أن يكون هذا من لحوم الاضاحى

* وحدثنى عن مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن أبى سعيد الخدرى انه قدم من سفر فقدم اليه أهله لحما فقال انظروا أن يكون هذا من لحوم الاضاحى

فقالوا هو منها فقال أبو سعيد ألم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها فقالوا انه قد كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها بعدك أمر فخرج أبو سعيد فسأل عن ذلك فأخبر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن لحوم الاضاحى بعد ثلاث فكلوا وتصدقوا وادّخروا ونهيتكم عن الانتباذ فانتبذوا كل مسكر حرام ونهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرا يعنى لا تقولوا سوأ ﴾ ش قول أبى سعيد لما قدم اليه اللحم انظروا أن يكون هذا من لحوم الاضاحى على وجه التحرز والاحتياط لدينه وقد روى عن عبد الله بن عمر أنه كان لا يأكل فى انصرافه من منى الا الزيت خوفا من لحوم الاضاحى التى كان يعتقد استدامة المنع فيها وكذلك يجب للمتحفظ بدينه أن يسأل ويبحث ان كثر المحظور فاذا كان شاذا جاز أن يحمل على الاغلب

(فصل) قوله لما ذكر له انها من لحوم الاضاحى ألم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها انكار لتقديمها اليه بعد علمهم بانه مما نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم فأخبر بوجه الامر وهو ما حدث من نسخ ما علم من الحظر بالاباحة وقولهم أمر يحتمل أن يكونوا فسروا له معنى الامر فأراد أن يحتاط فى ذلك بقول من سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم أو بقول من هو أفقه وأفهم وأعلم بتأويل قول النبى صلى الله عليه وسلم ممن أخبره بذلك ويحتمل قيل له قد حدث من النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك أمر ولم يفسر له ذلك الامر وان كان أخبر بأنه معنى يقتضى الاباحة فخرج يسأل عن ذلك الامر وتفسيره فأخبر به وهو أن النبى صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن لحوم الاضاحى بعد ثلاث فكلوا وادّخروا يريد أنه أطلق لهم الاكل بعد الثلاث

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ونهيتكم عن الانتباذ فانتبذوا وكل مسكر حرام يأتى فى كتاب الاشربة ان شاء الله وقوله صلى الله عليه وسلم ونهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرا يعنى لا تقولوا سوأ قال أبو عبيد الهروى الهجر الفحش والهجر بفتح الهاء الهذيان قال محمد بن سحنون فى شرح الموطأ لا تقولوا هجرا الا تدعوا بالويل والحرب والعويل أو تقولوا ما يسخط الله قال محمد فى رواية على لا تقولوا هجرا لا تقولوا سوأ قال محمد وغير نا يقرؤها لا تعروا هجرا

﴿ الشركة فى الضحايا وعن كم تذبح البقرة والبدنة ﴾

قوله وعن كم تذبح البقرة والبدنة يريد وتنحر البدنة وسيأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى فى كتاب الذبائح ولكنه عطف تذكية البدنة على تذكية البقرة بلفظ الذبح لما كان المعنى واحدا فى التذكية

ص ﴿ مالك عن أبى الزبير المكى عن جابر بن عبد الله انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة ﴾ ش قوله نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة يقتضى ان البدن والبقر تنحر وسيأتى بعد هذا مفسرا فى كتاب الذبائح ان شاء الله تعالى وأما ما ذكر من ذبح الواحدة من ذلك عن سبعة فقد اختلف الناس فى تأويله ومذهب مالك انه لا يجوز فى الهدايا الواجبة ولا فى الضحايا أن يشترك جماعة فى ثمن الاضحية أو البدنة فيشترونها بالثمن المشترك ثم يذبحونها أو ينحرونها فأما هدى التطوع فالمشهور عنه ان الاشتراك فيه غير جائز وحكى القاضى أبو الحسن انه روى عنه ان ذلك يجوز ويجوز عند مالك أن تكون الاضحية لرجل واحد فيذبحها عنه وعن أهل بيته ومن فى عياله وان كانوا أكثر من سبعة وقال أبو حنيفة يجوز أن يشترك سبعة فى ثمن الهدى والاضحية

فقالوا هو منها فقال أبو سعيد ألم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها فقالوا انه قد كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها بعدك أمر فخرج أبو سعيد فسأل عن ذلك فأخبر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن لحوم الاضاحى بعد ثلاث فكلوا وتصدقوا وادخروا ونهيتكم عن الانتباذ فانتبذوا وكل مسكر حرام ونهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرا يعنى لا تقولوا سوأ

﴿ الشركة فى الضحايا وعن كم تذبح البقرة والبدنة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن أبى الزبير المكى عن جابر بن عبد الله انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة

ثم يذبحونها اذا كان كل واحد منهم قصد القربة فى ذبحه وان كانت وجوهها مختلفة مثل أن يلزم أحدهم جزاء صيد ويلزم الآخر فدية أذى ويريد هدى تطوع فان كان منهم من لا يقصد القربة وانما يقصد اللحم لم يجزه ذلك وقال زفر لا يجزى حتى تكون وجوه القربة واحدة وقال الشافعى ان ذلك يجزئه على كل وجه واتفقوا على انه لا يجزئ عن أكثر من سبعة فالخلاف بيننا وبينهم فى فصلين أحدهما انه لا يجوز الاشتراك فى الرقبة عندنا و يجوز عندهم والثانى انه يجوز عندنا أن تنحر البدنة الواحدة عن أكثر من سبعة وعندهم لا يجوز ذلك والدليل على ما نقوله قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة فوجه الدليل من الآية انه تعالى أوجب على من قتل الصيد اخراج مثله هديا بالغ الكعبة ومن أخرج سبع بدنة فلم يخرج مثل ما قتل من الصيد ومن جهة القياس أن هذا هدى فلم يجز أن يكون مشتركا أصله الشاة اماهم فاحتج من نصر قوله بالحديث المنصوص نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة والجواب ان القاضى أبا الحسن قد أجاب عن هذا بأن حديث أبى الزبير وهم لذكره البقرة عن سبعة وجوابه عن الشيخ أبو بكر بجواب ثان انه يحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم هو الذى نحر عنهم وكان الهدى جميعه له ونحن انما نمنع الاشتراك فى رقبة الهدى والاضحية قال وهذا كما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم ضحى وقال هذا عنى وعمن لم يضح من أمتى قال القاضى أبو اسحاق فكان هذا والله أعلم كما يذبح الرجل عنه وعن أهله لان المسلمين كلهم أهل النبى صلى الله عليه وسلم هو أب لهم وأزواجه أمهاتهم قال واحسب ان الذى روى من اشتراكهم يوم الحديبية فى البدن من هذا الجنس ولعل النبى صلى الله عليه وسلم ساقها وأشرك بينهم فيها ولم يخرج كل واحد جزأ من ثمنها وعلى هذا التأويل يجوز للامام أن يدخل غيره من رعيته فى أضحيته وأجاب عن الحديث بجواب آخر انه ان كان صح هذا الحديث فلا يمتنع أن يكونوا قد ساقوا ذلك وقلدوه تطوعا والذى أدى الثمن واحد وقد أشرك معه قوما ولم يأخذ منهم ثمنا وقد روى عن مالك ان الاشتراك فى هدى التطوع المحض جائز على هذا الوجه فاما أن يزن كل واحد منهم جزأ من ثمنه أو يجوز ذلك فيما يلزم الانسان فى خاصة نفسه من هدى واجب أو أضحية تتعين على الانسان بالسنة فلا وليس فى الحديث ما يدل على ذلك وجواب ابن المواز فيما احتج به عليه من ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ليشترك النفر منكم فى الهدى يوشك ان ذلك كله كان من النبى صلى الله عليه وسلم لامته لانهم كلهم عياله فيخرج عنهم أو يدفع الى كل نفر منهم مثل مالو فعل ذلك رجل بمن تلزمه نفقته فان قيل فانتم لا تجيزون أن تذبح الاضحية والهدى عن عدد من الناس الا أن يكون أهل بيت واحد والذى ذبح يوم الحديبية سبعون بدنة ولا يتفق أن يكون كل سبعة منهم أهل بيت فالجواب عن ذلك من وجوه اما على تجويز الاشتراك فى هدى التطوع فلا يراعى ذلك ويسقط هذا السؤال جملة وأما على منعنا ذلك فى هدى التطوع وغيره فعنه جوابان أحدهما ان جميع المسلمين كانوا للنبى صلى الله عليه وسلم بمنزلة أهل بيته فيجوز له أن ينحر عن سبعة منهم كما روى انه ذبح عنه وعن جميع من لم يضح من أمته فشرك بينهم فى أضحيته وان لم يجز لبعضهم أن يشرك بعضا وهذا كما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه ذبح عن آل محمد بقرة واحدة رواه أبو عبد الرحمن النسوى أخبرنا ابن عبد الاعلى أخبرنا ابن وهب أخبرنى يونس عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم عن آل محمد فى حجة الوداع بقرة واحدة وجواب ثان وهو انه يحتمل أن يكون منهم أهل بيت من خمسة وأهل بيت من

سبعة وقوم ليسوا أهل بيت فنحر الهدى عن سبعة وعن خمسة وعن واحد وقصد الراوى الى الاخبار عن أكثر عدد نحرت عنهم بدنة أو بقرة فأخبر بذلك ولم يقصد الاخبار عن آحاد الناس بدليل ان النبي صلى الله عليه وسلم نحر عن نفسه بدنة ولم يخبر بذلك جابر فى حديثه وهذا كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ذبح عن نسائه البقر وليس فى الحديث انه لم ينحر بقرة عن أقل من سبعة فيصح لكم هذا التعلق فان قيل هذا القول عندكم أن لا تنحر بدنة قد قلدت وأشعرت عن أهل بيت ولا عندهم فكيف يجوز أن تنحر عن سبعة أو أقل فالجواب عندى انما لم يجز ذلك مالك فى هذه الرواية فى هدى قلد وأشعر عن واحد أو قلد واشعر عن جماعة على وجه يقتضى اشتراكهم فى رقبته وأما ما لم يسبق به ايجاب بتقليد ولا اشعار وانما وجب بالنحر أو الذبح فانه يجرى مجرى الاضحية أو يكون مضافا ملكه لواحد وقد أوجبه على جميعهم على سبيل الاشتراك فى الاجر ورقبة الهدى باقية على صاحبه المقلد له فانه يجوز ذلك وقد تقدم فى كتاب الحج

(فصل) وأما الدليل على ان الاضحية يذبحها الرجل عن أكثر من سبعة ان ما زاد على السبعة من عياله أو ممن يصح أن يريد بأضحيته فجاز أن يضحى عنه كما لو كانوا أقل من سبعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الشاة والبقرة والبدنة كل واحد من ذلك يجزئ عن الجماعة السبعة وأكثر من أهل البيت فى الأضحية رواه ابن القاسم عن مالك ووجه ذلك عندى أن يذبحها عن جميعهم فيسقط عنهم بذلك حكم الأضحية ولكن لحم الشاة باق على ملكه حتى يعطى من شاء منهم ما يريد ولو أراد أن يتصدق بجميعه لم يكن لهم منعه من ذلك (فرع) فاذا قلنا بقول مالك ان الاشتراك يجوز فى هدى التطوع فلا فرق بينه و بين الأضحية فاذا قلنا بقول مالك الآخر انه لا يجوز ذلك فالفرق بينهما ان الهدى يجب بالتقليد والاشعار فثبت فيه نوع من الاشتراك قبل انفاذ ذبحه فلذلك منع الاشتراك فيه لان النية لا توجبها ألا ترى انه من اشترى أضحية لنفسه ثم بدا له قبل أن يذبحها أن يشرك فيها أهل بيته جاز ذلك له رواه ابن المواز عن ابن القاسم وهذا ما لم يجب الأضحية بالقول فان أوجبها بالقول فحكمها يجب أن يكون حكم الهدى الذى قد وجب بالتقليد والله أعلم ص ﴿ مالك عن عمارة بن صياد ان عطاء بن يسار أخبره ان أبا أيوب الأنصارى أخبره قال كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته ثم تباهى الناس بعد فصارت مباهاة ﴾ ش قوله كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته يريد ان الرجل كان يتناول اخراجها من ماله ولذلك أضاف ذبحها اليه ولكنه كان يشرك أهل بيته فى ثوابها ويسقط عنهم بذلك ما تعين عليهم من الأضحية وفى هذا حجة على جواز ذلك عن أهل البيت لان قول أبى أيوب كنا نفعل انما يريد بذلك زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأتى بلفظ يقتضى التكرار ومثل هذا مع تكراره لا يخفى فى الاغلب عن النبي صلى الله عليه وسلم فاذا لم يمنع منه ولم ينكره دل ذلك على جوازه وفى هذا ثلاثة أبواب أحدها ما يستحب من عدد الضحايا والثانى فيمن يجوز أن يدخله الانسان فى الاضحية والثالث فيمن يلزم الانسان أن يضحى عنه

﴿ الباب الأول فيما يستحب من عدد الضحايا ﴾

لا خلاف ان الواحد من بهيمة الأنعام يجزئ الانسان فى أهل بيته ولكن قال مالك استحب قول ابن عمر أن يضحى عن كل انسان بشاة لمن استطاع ذلك وجه ذلك انه أكثر ثوابا وأبعد من الاشتراك الذى هنا فى الضحايا .

* وحدثنى عن مالك عن عمارة بن صياد ان عطاء ابن يسار أخبره ان أبا أيوب الانصارى أخبره قال كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته ثم تباهى الناس بعد فصارت مباهاة

﴿ الباب الثانى فيمن يجوز للانسان أن يشركه فى أضحيته ﴾

يجوز للانسان أن يضحى عن نفسه وعن أهل بيته بالشاة الواحدة يعنى بأهل بيته أهل نفقته قليلا كانوا أو كثيرا والأصل فى ذلك حديث أبى أيوب كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته زاد ابن المواز عن مالك وولديه الفقيرين قال ابن حبيب وله أن يدخل فى أضحيته من بلغ من ولده وان كان غنيا اذا كان فى نفقته وبيته وكذلك من ضم الى نفقته من أخ او ابن أخ قريب فأباح ذلك بثلاثة أسباب أحدها الانفاق عليه والثانى المساكنة له والثالث القرابة قال ابن المواز عن مالك له أن يدخل زوجته فى أضحيته ووجه ذلك ماقدمناه لان المساكنة والانفاق موجودان والزوجية آكد من القرابة قال الله تعالى وجعل بينكم مودة ورحمة قال مالك فى الموازية ان شاء أن يدخل فى أضحيته أم ولده ومن له فيه بقية رق أجزأ ووجه ذلك ماقدمناه ولان الولاء لحمة كلحمة النسب وهو ثابت فى أم الولد وسببه موجود فيمن له عليه رق والله أعلم (مسئلة) ولا يدخل يتيمه فى أضحيته ولا يشرك بين يتيمين فى أضحية وان كانا أخوين والجد والجدة كالأجانب قاله ابن المواز عن مالك قال ابن حبيب ولا شريك ولا رفيق من الأجانب ووجه ذلك ماعدم من بعض الشروط الثلاثة يريد ان الجد والجدة ليسا فى نفقته ولو كانا على ذلك لجاز عندى ماتقدم فى الأقارب

﴿ الباب الثالث فى ذكر من يلزمه أن يضحى عنه ﴾

روى ابن حبيب عن مالك يلزم الرجل أن يضحى عن نفسه وعن أولاده مالزمه الانفاق عليهم ولا يلزمه أن يضحى عن زوجته ولا رقيق أمه ولا من له فيه بقية رق

(فصل) وقوله ثم تباهى الناس فصارت مباهاة قال ابن حبيب والمباهاة بما كان لله أفضل يريد أن الزيادة فى ذلك اذا اخلصت لله تعالى أفضل من التقلل ولذلك يستحب له أن يخرج أفضل مايقدر عليه وأكثر ثمنا مالم يخرج عن المتعارف وفى العتبية قال أشهب كره مالك تغالى الناس فى الأضحية ويشترى كشراء الناس فاما ان يجده بعشرة ويشتريه بمائة فانى أكرهه ويدخل على الناس مشقة ومعنى ذلك الخروج عن المتعارف من قصد المباهاة ويشق على من أراد منافسته قاصد للخير فتدخل فى ذلك الكراهية من وجهين أحدهما قصد المباهاة وهذا يتعلق بالمعتاد وغيره والوجه الثانى الخروج عن العادة والشذوذ فى المغالاة وكذلك فى العدد تتعلق به الكراهية من وجه المباهاة وهو فى المعتاد من اخراج ضحية عن كل انسان وتقييده من الزيادة عليه والمقارنة له والثانى الشذوذ والخروج عن العادة فاذا سلم من الأمرين فلا يقال ان ذلك مذموم لما فيه من المباهاة اذا أريد به وجه الله تعالى وانما ذم أبو أيوب رضى الله عنه من ذلك التفاخر بين الناس على ان لفظ المباهاة فيه نظر لانه انما يستعمل فى المفاخرة ومن يقصد هذا ص ﴿ قال مالك أحسن ماسمعت فى البدنة والبقرة والشاة أن الرجل ينحر عنه وعن أهل بيته البدنة ويذبح البقرة والشاة الواحدة وهو يملكها ويذبحها عنهم ويشركهم فيها فاما أن يشترى النفر البدنة أو البقرة أو الشاة يشتركون فيها فى النسك والضحايا فيخرج كل انسان منهم حصة من ثمنها وتكون له حصة من لحمها فان ذلك يكره وانما سمعت الحديث انه لا يشترك فى النسك وانما يكون عن أهل البيت الواحد ﴾ ش وهذا كما قال ان الناس قد اختلفوا فى الاشتراك فى البدنة أو البقرة فى الضحايا والنسك وان أحسن ماسمع فى ذلك أن يكون ملكها الواحد بدنة كانت أو بقرة أو شاة فيذبحها عنه وعن أهل بيته

* قال مالك أحسن ماسمعت فى البدنة والبقرة والشاة أن الرجل ينحر عنه وعن أهل بيته البدنة ويذبح البقرة والشاة الواحدة هو يملكها ويذبحها عنهم ويشركهم فيها فاما أن يشترى النفر البدنة أو البقرة أو الشاة يشتركون فيها فى النسك والضحايا فيخرج كل انسان منهم حصة من ثمنها ويكون له حصة من لحمها فان ذلك يكره وانما سمعنا الحديث انه لا يشترك فى النسك وانما يكون عن أهل البيت الواحد

أضحية * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندي انه يصح ذلك بنيته وان لم يعلم أهل بيته بذلك ولذلك يدخل فيها من صغار ولده من لا تصح نيته وأما ان يتقدم ملك كل واحد منهم لجزء منها بقدر ما أدى من ثمنها فان ذلك مكروه عنده ووجهه ان النسك لا يتبعض ببين ذلك ان بدله لا يجوز ذلك فيه وهو مما يصح ان يتبعض فبان لا يجوز في مبدله الذي لا يصح ان يتبعض أولى ص ﴿ مالك عن ابن شهاب انه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه وعن أهل بيته الا بدنة واحدة أو بقرة واحدة قال مالك لا أدري أيتهما قال ابن شهاب ﴾ ش قوله ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه وعن أهل بيته الا بدنة واحدة أو بقرة واحدة يقتضي الاشتراك في ذلك على ما ذكرناه وجواز الاقتصار على واحدة للرجل وأهل بيته ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في عام ما لعدم الضحايا أو الهدايا ويحتمل أن يكون فعل ذلك مع كثرتها ليبين جواز ذلك

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب أنه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه وعن أهل بيته الا بدنة واحدة أو بقرة واحدة قال مالك لا أدري أيتهما قال ابن شهاب

﴿ الضحية عما في بطن المرأة وذكر أيام الأضحى ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر قال الاضحى يومان بعد يوم الاضحى * مالك انه بلغه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه مثل ذلك ﴾ ش قوله الاضحى يومان بعد يوم الاضحى يريد أن يوم الاضحى أولا يوم الذبح ثم اليومان بعده وان اليوم الرابع ليس من أيام الذبح وبهذا قال مالك وسفيان الثوري وأبو حنيفة وقال الشافعي أيام الذبح أربعة يوم النحر وثلاثة أيام التشريق بعده وقد استدل القاضي أبو الحسن في ذلك بقوله تعالى ليذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام قال والايام المعلومات يوم النحر ويومان بعده والايام المعدودات ثلاثة بعد يوم النحر فيوم النحر معلوم غير معدود واليومان بعده معلومان معدودان والرابع معدود غير معلوم وفائدة وصفنا له بانه معلوم انه من أيام الذبح وفائدة وصفنا له بانه معدود انه من أيام الرمي وقد قال الله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه ودليلنا من جهة السنة الحديث المتقدم ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الاضاحي بعد ثلاث ومعلوم انه أباح الاكل منها في أيام الذبح فلو كان اليوم الرابع منها لكان قد حرم على من ذبح في ذلك اليوم أن يأكل من أضحيته ودليلنا من جهة القياس انه يوم مشروع النفر قبله فلم يكن من أيام الذبح كالخامس (مسئلة) اذا ثبت ان أيام الذبح ثلاثة فان أفضلها أولها وهو يوم النحر قاله ابن المواز وغيره ووجه ذلك قوله تعالى وسارعوا الى مغفرة من ربكم ومعنى ذلك والله أعلم المسارعة الى الطاعة وأداء العبادة (مسئلة) وليس الليل من زمن الذبح في أضحية ولا هدي ولا عقيقة ومن فعل ذلك لم يجزه رواه ابن حبيب عن مالك وقال أبو حنيفة والشافعي تذبح الاضحية ليلا قال القاضي أبو الحسن وقد روي عن مالك من فعل ذلك أجزأه واستدل مالك في ذلك بقوله تعالى ليذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام قال القاضي أبو الحسن أراد بذلك والله أعلم التسمية على الذبيحة وخص بذلك الايام فوجب أن يتعلق بها دون الليالي على ما نعتقده من القول بدليل الخطاب * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندي ان التعلق بهذه الآية ليس من باب دليل الخطاب وذلك ان الشرع ورد بالذبح في زمن مخصوص وطريق تعلق النحر والذبح بالاوقات الشرع لا طريق له غير ذلك فاذا ورد الشرع بتعلقه بوقت مخصوص لقوله تعالى في أيام معلومات وبنحر النبي صلى الله عليه وسلم وذبحه أضحيته نهارا علمنا جواز ذلك في النهار ولم يجز أن نعديه الى الليل الا بدليل وقد طلبنا

﴿ الضحية عما في بطن المرأة وذكر أيام الاضحى ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر قال الاضحى يومان بعد يوم الاضحى * وحدثني عن مالك أنه بلغه عن علي ابن أبي طالب مثل ذلك

فى الشرع فلم نجد دليلا ولو كان لوجدناه مع البحث والطلب فهذا من باب الاستدلال بعدم الدليل (فرع) ويستحب أن يؤخر أضحيته فى اليوم الثانى والثالث الى أن تطلع الشمس وتحل السبحة وليس عليه أن ينتظر قدر صلاة الامام فى اليوم الاول رواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك ان ما قبل طلوع الشمس مختلف فيه انه من الليل فيستحب الخروج من الخلاف واذا طلعت الشمس أخر الى تمكن طلوعها لئلا يكون الذبح عند طلوعها كالقصد لها بذلك ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله ابن عمر لم يكن يضحى عما فى بطن المرأة ﴾ ش قوله لم يكن يضحى عما فى بطن المرأة يريد انه ليس له حكم الحى حتى يستهل صارخا بعد الولادة ألا ترى انه لا يرث ولا يورث ولا يحكم له بحكم الوصية والاضحية من أحكام الحى وقد روى محمد عن مالك لا يعجبنى أن يضحى الرجل عن أبويه الميتين (مسئلة) قال ابن حبيب وليس على من فيه بقية رق أضحية ولا على سيدهم لأم ولد ولا غيرها الا أن يشاء أن يضحى عنهم أو يدخلهم فى أضحيته أو يأمرهم بذلك من ماله أو أموالهم فحسن ووجه ذلك ان الرق ينافى القربة والمال لكنه لما كانت هذه القربة عائدة الى منفعة المتقرب بها صحت من العبد باذن السيد بخلاف الزكاة (مسئلة) ومن ولد له مولود فى أيام النحر وقد ضحى أو لم يضح فعليه أن يضحى عنه قاله ابن حبيب ووجه ذلك أن وقت لزوم الاضحية هو وقت أدائها وهو الى غروب الشمس من آخر ثانى أيام التشريق فن ولد له مولود فى ذلك الوقت أو أسلم من المشركين فى ذلك الوقت ثبت فى حقه حكم الاضحية ص ﴿ قال مالك الضحية سنة وليست بواجبة ولا أحب لاحد ممن قوى على ثمنها أن يتركها ﴾ ش وهذه العبارة يستعملها أصحابنا فيما تأكد استحبابه وبلغ صفة ما من تأكيده الاستحباب وان لم يجب فعله وقد قال ابن القاسم فى المدونة من تركها أثم وهذا معنى الوجوب وقال ابن المواز فى كتابه هى سنة موجبة وقال ابن حبيب هى من واجبات السنن وتركها خطيئة * قال القاضى أبو محمد أطلق بعض أصحابنا عليها انها واجبة وانما يريدون بذلك انها سنة مؤكدة وهذا محتمل من الاقوال غير قول ابن القاسم وابن حبيب اللذين يؤثمان تاركها فانها لا تحتمل الا الوجوب والاول أشهر فى المذهب وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة هى واجبة على من ملك نصابا من أهل الاقامة دون المسافر والمقيم الذى لا يملك النصاب وذلك مائتا درهم بعد المنزل والخادم والدليل على ما نقوله ما أخرجه مسلم فى صحيحه عن أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا رأيتم هلال ذى الحجة وأراد أحدكم أن يضحى فليمسك عن شعره وأظفاره فوجه الدليل منه أنه صلى الله عليه وسلم علق ذلك بارادة المكلف ولو كان واجبا لم يفتقر الى ارادته ودليلنا من جهة القياس ان هذه ذبيحة لا تجب على المسافر فلم تجب على المقيم كالعقيقة وفى المبسوط عن اسماعيل بن أبى أويس أن المسافر لا أضحية عليه لانه ليس عليه صلاة عيد والمشهور من مذهب مالك ما تقدم والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الاضحية على أهل الآفاق وجميع الناس قال ابن حبيب صغيرهم وكبيرهم ذكورهم واناثهم قال ابن المواز الاحرار من أهل منى وغيرها والمقيم والمسافر فى ذلك سواء الا الحاج خاصة فى ذلك بمنى فانهم لا أضحية عليهم ووجه ذلك أنه قربة فى المال من غير الزكاة المفروضة فكانت عامة على من وجدها كزكاة الفطر وأما الحاج بمنى فليس عليهم أضاح قال ابن حبيب وذبيحة الحاج هدى وليست بأضحية وليس وجوبه كوجوب الضحايا ووجه ذلك أن الحاج لما كان نسكه شعارا وهو التلبية كان نسكه بالذبح شعارا وهو التقليد والاشعار والاصل فى ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم قلد وأشعر ما ساقه فى حجه وعمرته وجعله هديا ولم يضح بشئ منه (مسئلة) ويلزم وصى اليتيم أن

* وحدثنى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر لم يكن يضحى عما فى بطن المرأة قال مالك الضحية سنة وليست بواجبة ولا أحب لاحد ممن قوى على ثمنها أن يتركها

يضحي عنه وان كان ماله ثلاثين دينارا بشاة بنصف دينار رواه أشهب عن مالك في العتبية ووجه ذلك ان هذا من الحقوق التي تلزم من ماله لله تعالى وهذا المقدار من المال يحتمل المواساة بهذا المقدار والله أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب العقيقة)

﴿ ماجاء في العقيقة ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن رجل من بني ضمرة عن أبيه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العقيقة فقال لا أحب العقوق وكأنه انما كره الاسم وقال من ولد له ولد فأحب أن ينسك عن ولده فليفعل ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم لا أحب العقوق ظاهره كراهية الاسم لما فيه من مشابهة لفظ العقوق وآثر أن يسمى نسكا كما قال يوم الحديبية حين ورد عليه سهيل بن عمرو سهل لكم من أمركم وكره لحزن أن يسمى حزنا قال مالك انه ليقع في قلبي من شأن العقيقة ان اليهود والنصارى يعمدون ماء يجعلونهم فيه ويقولون قد أدخلناهم في الدين بما يعمدونه بصبيانهم وان من شأن المسلمين الذبح في العقيقة وقد عق رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحسن فيقع في قلبي في الذبح عن الصبي انها شريعة الاسلام قال مالك وقد سمعت غيري يذكر ذلك

(فصل) وقوله ومن ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعل يقتضي أن العقيقة غير واجبة لانه علق ذلك باختيار أبي المولود قال مالك في المبسوط من لم يذبح ولم يطعم فلا اثم عليه وبهذا قال جمهور الفقهاء وقال القاضي أبو الحسن البصري وداود انهما قالا هي واجبة ودليلنا على صحة قول مالك الحديث المتقدم (مسئلة) اذا ثبت أنها غير واجبة فانها مستحبة وقال أبو حنيفة ليست بمشروعة والدليل على مانقوله الحديث المتقدم وفيه أنه صلى الله عليه وسلم سماه نسكا والدليل على ذلك أيضا حديث سمرة بن جندب وفيه أنه صلى الله عليه وسلم قال مع الغلام عقيقته فهريقوا عنه دما والأمر يقتضي الوجوب أو الندب فاذا اجتمعنا أجمعنا انها ليست بواجبة فأقل أحواله الندب

(فصل) وقوله فأحب أن ينسك عن ولده فليفعل يقتضي ان ذلك في مال الأب عن ابنه ولذلك قال فأحب أن ينسك عن ولده فليفعل ولو كان للمولود مال لكان الأظهر عندي أن تكون العقيقة في مال الأب عن ابنه لقوله صلى الله عليه وسلم فأحب أن ينسك عن ابنه فأثبت ذلك في جهة الآباء عن الابن وقد قال مالك في المبسوط يعق عن اليتيم من ماله وظاهره انه لا يلزم أحدا من الأقارب غير الأب والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان وقت ذبح العقيقة ضحى ساعة تذبح الأضحية رواه محمد عن مالك وقال ابن حبيب لا تذبح العقيقة ليلا ولا بالسحر ولا بالعشي الا من الضحى الى الزوال زاد مالك في المبسوط ومن ذبحها قبل الأوان الذي تذبح الضحية فيه لم أرها مجزية وليذبح عقيقة أخرى ضحى يتحرى ذلك ووجه ذلك أنه نسك يستحب اخراجه من غير تقليد فكانت سنة ذبحه ضحى كالأضحية (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانها تذبح يوم سابع الصبي المولود وذلك أن يمضي للمولود سبعة أيام وسبع ليال روى سمرة بن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كل غلام رهن بعقيقته يذبح عنه يوم سابعه ويحلق ويسمى فان لم يعق عنه يوم سابعه فهل يعق عنه بعد ذلك أم لا روى ابن حبيب عن ابن وهب عن مالك من ترك أن يعق عن ابنه في يوم سابعه فانه يعق عنه في السابع الثاني فان ترك

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿ كتاب العقيقة ﴾
﴿ ماجاء في العقيقة ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن رجل من بني ضمرة عن أبيه انه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العقيقة فقال لا أحب العقوق وكأنه انما كره الاسم وقال من ولد له ولد فأحب أن ينسك عن ولده فليفعل

ذلك ففى الثالث فان جاوز ذلك فقد فات وقت العقيقة وروى ابن حبيب عن مالك لا يجاوز بالعقيقة اليوم السابع قال الشيخ أبو بكر والقول الثانى أقيس وجه رواية ابن وهب ان هذا نسك فلم يكن وقت ذبحه أقل من ثلاثة أيام كالأضحية ووجه الرواية الثانية انه لما كان اليوم الثامن أقرب الى السابع مما بعده ثم مع ذلك لا يذبح فيه فبان لا يذبح فيما بعده أولى (مسئلة) ولا يجوز تقديم العقيقة قبل السابع قال مالك فى المبسوط ان مات الصبى قبل السابع فليس عليهم أن يذبحوا عنه فاقتضى ذلك ان وقت ثبوت حكمها هو الوقت المذكور من اليوم السابع فان أدرك الصبى ذلك الوقت ثبت حكمها وان مات قبل ذلك بطل حكمه والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه انه قال وزنت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شعر حسن وحسين وزينب وأم كلثوم فتصدقت بزنة ذلك فضة * وحدثنى عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن محمد بن على بن حسين انه قال وزنت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شعر حسن وحسين فتصدقت بزنته فضة ﴾ ش فعل فاطمة رضى الله عنها هذا حسن لمن فعله وليس ذلك بلازم قاله القاضى أبو محمد وقال الشيخ أبو القاسم فى تفريعه ليس على الناس التصدق بوزن شعر المولود ذهبا أو ورقا من فعله فلا بأس به وقال مالك فى العتبية ماذلك من عمل الناس وما أرى ذلك عليهم ومعناه والله أعلم انه ليس بلازم ولا بأمر مشروع ومن فعل ذلك ابتداء من غير أن يرى ذلك لازما فلا نكير فيه بل هو فعل بر ويستحب أن يحلق شعر الصبى يوم سابعه قاله ابن حبيب وقال الشيخ أبو اسحاق هو معنى قول النبى صلى الله عليه وسلم وأميطوا عنه الأذى

﴿ العمل فى العقيقة ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر لم يكن يسأله أحد من أهله عقيقة الا أعطاه إياها وكان يعق عن ولده بشاة شاة عن الذكور والاناث ﴾ ش قوله أن عبد الله بن عمر لم يكن يسأله أحد من أهله عقيقة الا أعطاه اياها كان ذلك من فعل عبد الله بن عمر لان العقيقة مشروعة وهى من عمل البر وكان لا يسأله أحد من أهله المعونة على البر الا أعانه عليه وأجابه اليه

(فصل) وقوله وكان يعق عن ولده بشاة شاة عن الذكور والاناث هذا مذهب مالك وقال أبو حنيفة يعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية بشاة قال ابن حبيب روى عن عائشة شاتان عن الغلام وشاة عن الجارية وذلك حسن لمن أحدثه والدليل على صحة ماذهب اليه مالك حديث ابن عباس المتقدم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين كبشا كبشا ولا يفعل صلى الله عليه وسلم الا الأفضل ولما واظب على هذا ثبت ان ذلك هو الأفضل وعند المخالف ان الشاة الواحدة ليست بمجزية عن الغلام ودليلنا على ما نقوله ان هذا ذبح متقرب به فاستوى فيه الذكر والأنثى كالأضحية والهدى ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن محمد بن ابراهيم بن الحرث التيمى انه قال سمعت أبى يستحب العقيقة ولو بعصفور ﴾ ش قوله يستحب العقيقة ولو بعصفور قال ابن حبيب ليس يريد أن يجزى العصفور وانما أراد بذلك تحقيق استحباب العقيقة وأن لا تترك وان لم تعظم فيها النفقة وقد روى ابن عبد الحكم عن مالك لا يعق بشئ من الطير ولا الوحش ووجهه ان العقيقة نسك يتقرب به فلم يجز من غير بهيمة الأنعام كالأضحية والهدى (مسئلة) ولا يعق إلا بالضأن والمعز والابل والبقر قاله مالك قال ابن حبيب والضأن أفضلها

* وحدثنى عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه انه قال وزنت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شعر حسن وحسين وزينب وأم كلثوم فتصدقت بزنة ذلك فضة * وحدثنى عن مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن محمد بن علىّ بن الحسين انه قال وزنت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شعر حسن وحسين فتصدقت بزنته فضة

﴿ العمل فى العقيقة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر لم يكن يسأله أحد من أهله عقيقة الا اعطاه إياها وكان يعق عن ولده بشاة شاة عن الذكور والاناث * وحدثنى عن مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمى أنه قال سمعت أبى يستحب العقيقة ولو بعصفور

قال مالك فى المبسوط ثم المعز أحب الى من الابل والبقر وقال الشيخ أبو اسحاق لا يعق بشئ من الابل ولا البقر وانما العقيقة بالضأن والماعز وهو فى العتبية عن مالك وجه الرواية الاولى ان هذا انسك فكان للابل والبقر فيه مدخل كالأضحية والهدى ووجه الرواية الثانية أن النبى صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين بشاة شاة وأفعاله صلى الله عليه وسلم على الوجوب اما فى وجوب الفعل واما فى تعلقه بجنس العين (مسئلة) والمسن الذى يجزى فى العقيقة من كل جنس من أجناس الأنعام هو المسن الذى يجزى فى الضحايا رواه الشيخ أبو القاسم عن مالك قال ابن حبيب وهذا فى شاة النسك وأما ما يكثر به الطعام فلا يراعى فيه جنس ولا سن ولا غير ذلك قال مالك فى المبسوط ذبحت عن ولدى عقيقة فذبحت من الليل ما أريد أن أدعو اليه اخوانى وغيرهم فلما كان ضحى ذبحت شاة العقيقة فأهديت منها للجيران وأكل منها أهل البيت ص ﴿ مالك أنه بلغه أنه عق عن حسن وحسين ابنى على بن أبى طالب ﴾ ش قوله عق عن الحسن والحسين يقتضى أنه سنة لأنه ان كان من فعل النبى صلى الله عليه وسلم فهو السنة التى يلزم المصير اليها وان كان من فعل غيره فمثل هذا لا يخفى عليه صلى الله عليه وسلم من حال الحسن والحسين فاذا أقر عليه ثبت جوازه ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة أن أباه عروة بن الزبير كان يعق عن بنيه الذكور والاناث بشاة شاة ﴾ ش قوله كان يعق عن بنيه الذكور بشاة شاة يقتضى المساواة بين الذكور والاناث فى ذلك ويقتضى الاشتراك فيها ولا يضحى عن ابنين بشاة واحدة ولا بشاتين يشرك بينهما فى كل واحدة وقد رواه الشيخ أبو القاسم عن مالك ووجه ذلك أنه نسك فلا يجوز الاشتراك فيه كالهدى والاضحية واذا ولدت المرأة توأمين فقد روى ابن حبيب عن مالك كل واحد منهما بشاة ص ﴿ وقال مالك الامر عندنا فى العقيقة أنه من عق فانما يعق عن ولده بشاة شاة الذكور والاناث وليست العقيقة بواجبة ولكنه يستحب العمل بها وهى من الامر الذى لم يزل عليه الناس عندنا فمن عق عن ولده فانما هى بمنزلة النسك والضحايا لا يجوز فيها عوراء ولا عجفاء ولا مكسورة القرن ولا مريضة ولا يباع من لحمها شئ ولا جلدها وتكسر عظامها ويأكل أهلها من لحمها ويتصدقون منها ولا يمس الصبى بشئ من دمها ﴾ ش وهذا كما قال ان من أراد أن يعق عن ولده فانما يعق عنهم بشاة شاة لأنه سنة العقيقة وقد تقدم ذكره وقوله فمن عق عن ولده فانما هى بمنزلة النسك من الضحايا لا تجزى فيها عوراء ولا عجفاء يريد أن حكمها فى سلامتها من العيوب حكم الضحايا ووجه ذلك أنه نسك متقرب به فشرعت فيه السلامة فيه من العيوب كالضحايا (فرع) ومن وجدها بعد أن ذبحها معيبة عيبا يمنع اجزاءها * قال القاضى أبو الوليد فعندى أنه يلزم بدلها ما لم يفت وقتها وان فات وقتها فلا شئ عليه ويكره وحكم لحمها حكم لحم أضحية ذبحها ثم وجد بها ما يمنع اجزاءها

(فصل) وقوله ولا يباع شئ من لحمها ولا جلدها لأنه بعد الذبح لا يبقى فيها من معنى الملك أكثر من الانتفاع بها والتصدق فاما أن يجوز له بعد أن نسك بها أن يبيع شيئا منها فلا وقد ذكر ذلك الشيخ أبو القاسم فى تفريعه

(فصل) وقوله وتكسر عظامها قال ابن حبيب انما قاله مالك لأن أهل الجاهلية كانوا اذا عقوا عن المولود لم يكسروا العظام وانما كانت العقيقة تفصل من مفصل الى مفصل فأتى الاسلام بالرخصة فى ذلك ان أحب أهلها يصنعون من ذلك ما وافقهم وفى الجملة ان كسر عظامها ليس بلازم وانما لا يجوز تحرى الامتناع منه والعقيقة فى ذلك كسائر الذبائح وربما كان لها مزية المخالفة لفعل

* وحدثنى عن مالك انه بلغه انه عق عن حسن وحسين ابنى على بن أبى طالب * وحدثنى عن مالك عن هشام بن عروة ان أباه عروة بن الزبير كان يعق عن بنيه الذكور والاناث بشاة شاة قال مالك الأمر عندنا فى العقيقة أن من عق فانما يعق عن ولده بشاة شاة الذكور والاناث وليست العقيقة بواجبة ولكنها يستحب العمل بها وهى من الأمر الذى لم يزل عليه الناس عندنا فمن عق عن ولده فانما هى بمنزلة النسك والضحايا لا يجوز فيها عوراء ولا عجفاء ولا مكسورة القرن ولا مريضة ولا يباع من لحمها شئ ولا جلدها ويكسر عظامها ويأكل أهلها من لحمها ويتصدقون منها ولا يمس الصبى بشئ من دمها

أهل الجاهلية
(فصل) وقوله ويأكل أهلها من لحمها ويتصدقون منها أما أكل الناسك بها من لحمها فلأنها ذبيحة مشروعة كشبه الاضحية وكذلك وجه التصدق منها وقد قال الشيخ أبو القاسم لا بأس بالأكل منها والاطعام من غير حد

(فصل) وصفة الاطعام منها في العتيبة ليس الشأن عند ادعاء الناس الى طعامها ولكن يأكل أهل البيت والجيران وقال ابن المواز عن ابن القاسم يغرف منه للجيران قال مالك فاما أن يدعو اليه الرجال فانى أكره الفخر وقد قال مالك فى المبسوط عققت عن ولدى وذبحت ما أريد أن أدعو اليه اخوانى وغيرهم وهيأت طعامهم ثم ذبحت ضحى شاة العقيقة فأهديت منها للجيران وأكل منها أهل البيت وكسروا ما بقى من عظامها فطبخت فدعونا اليها الجيران فأكلوا وأكلنا قال مالك فمن وجد سعة فأحب له أن يفعل هذا ومن لم يجد فليذبح عقيقة ثم ليأكل وليطعم منها وهذا مخالف لما علل ابن القاسم للمنع من ذلك بالفخر وما قاله يقتضي أن سنة العقيقة أن يطعم منه الناس فى مواضعهم لأنها نسك كالاضحية والهدى فان فضل منها شئ وأراد أن يدعو اليه من يخصه من جار أو صديق فلا بأس بذلك كالاضحية وأما اطعام الصنيع وهو الاعذار فليس من سنة الضحايا ولا العقيقة فمن أراد أن يفعل ذلك بعد أداء سنة العقيقة فليفعل ومن اقتصر على العقيقة فليجرها على سنتها قال مالك ولو أن صاحب العقيقة أكلها لم أر بذلك بأسا وأحب الى أن يعمل فيها بسنة الاضحية والهدى قال الله تعالى فكلوا منها وأطعموا الآية

(فصل) وقوله ولا يمس الصبي بشئ من دمها معنى ذلك أنهم كانوا فى الجاهلية يخضبون بطنه يوم العقيقة فاذا حلقوا الصبي وضعوها على رأسه فورد الشرع أن يجعلوا مكان الدم خلوقا فيستحب أن يخلق بالخلوق رأس الصبي بدلا من الدم الذى كان فى الجاهلية وقال القاضي أبو محمد لا بأس بالخلوق بدلا من الدم الذى كانت تفعله الجاهلية وذلك مباح والله أعلم وأحكم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
﴿ كتاب الذبائح ﴾
﴿ ما جاء فى التسمية على الذبيحة ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له يا رسول الله ان ناسا من أهل البادية يأتوننا بلحمان ولا ندرى هل سموا الله عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سموا الله عليها ثم كلوا قال مالك وذلك فى أول الاسلام ﴾ ش قوله يا رسول الله ان ناسا يأتوننا بلحمان ولا ندرى هل سموا الله عليها أم لا واقرار رسول الله صلى الله عليه وسلم لهم على هذا السؤال ومجاوبته اياهم بما جاوبهم به دليل على اعتبار التسمية فى الذبح ولو لم يكن للتسمية فى ذلك حكم لقال لهم وما عليكم من التسمية سموا أو لم يسموا سواء كما أن العجن والطبخ والزراعة لما لم يكن للتسمية تأثير فيها لم يكن للسؤال عن فعل ذلك أو تركه وجه وقد اختلف أهل العلم فى تأثير التسمية فى الذبيحة فروى ابن القاسم عن مالك فى المدونة فمن تعمد ترك التسمية على الذبيحة لم تؤكل ذبيحته فان تركها ناسيا أكلت والى هذا ذهب الشيخ أبو بكر والقاضي أبو محمد وبه قال أبو حنيفة وقال أشهب تؤكل الا أن يترك ذلك مستخفا وقال أبو بكر بن الجهم والقاضي

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿ كتاب الذبائح ﴾
﴿ ما جاء فى التسمية على الذبيحة ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له يا رسول الله ان ناسا من أهل البادية يأتوننا بلحمان ولا ندرى هل سموا الله عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سموا الله عليها ثم كلوا قال مالك وذلك فى أول الاسلام *

أبو الحسن ان تركها عامدا كره أكل تلك الذبيحة ولا تحرم وقال الشافعي من تركها عامدا أو ناسيا لم تؤكل ودليلنا على وجوب التسمية وانها شرط في صحة الذبيحة مع الذكر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ودليلنا من جهة القياس انه معنى ورد الشرع بأنه فسق فوجب أن يكون حراما أصل ذلك سائر الفسوق من قذف المحصنات والزنى وشرب الخمر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالذي يستعمل من التسمية قال ابن المواز يقول بسم الله والله أكبر قال ابن حبيب ولو قال بسم الله فقط أو الله أكبر فقط أو لا اله الا الله أو سبحان الله أو لا حول ولا قوة الا بالله من غير تسمية أجزأه وكذلك كل تسمية لله تعالى ولكن ما مضى عليه الناس أفضل ووجه ذلك ان هذا ذكر الله تعالى * قال مالك في العتبية وان زاد ذابح أضحيته ربنا تقبل منا انك أنت السميع العليم وكره أن يقال اللهم منك واليك وعابه وشدد الكراهية فيه وقال لا يقال ذلك اذا اعتق

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم سموا الله تعالى ثم كلوا يحتمل أن يريد به الامر بالتسمية عند الأكل لان ذلك مما بقي عليهم من التكليف وأما التسمية على ذبح تولاه غيرهم من غير علمهم فلا تكليف عليهم فيه وانما يحمل على الصحة حتى يتبين خلافها ويحتمل أن يريد به ان سموا الله أنتم الآن فتستبيحون به أكل ما لم تعرفوا أذكر اسمي عليه أم لا اذا كان الذابح ممن تصح ذبيحته ان سمى الله عز وجل

(فصل) وقول مالك وذلك في أول الاسلام لما روى في حديث عائشة في هذا الحديث ان الذابحين كانوا حديثي عهد بالاسلام ما يصح أن لا يعلموا مثل هذا ولم يبلغ بعد اليهم شرع النبي صلى الله عليه وسلم أو ممن يكثر منهم النسيان لمثل هذا أو الغفلة عنه لما لم تجر لهم به عادة وأما الآن فقد جرت به العادة حتى لا يكاد ذابح يترك ذلك ولا يجد أحدا لا يعلم ان التسمية مشروعة عند الذبح ص * مالك عن يحيي بن سعيد أن عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة المخزومي أمر غلاما له أن يذبح ذبيحة فلما أراد أن يذبحها قال له سم الله فقال الغلام قد سميت فقال له سم الله ويحك فقال له قد سميت الله فقال له عبد الله بن عياش والله لا أطعمها أبدا * ش قوله للغلام سم الله اذا كان لما خاف أن يغفل عنه من ذلك وينساه ولم يقنع باخبار الغلام له بأنه قد سمى الله وأراد أن يسمع ذلك منه فلما لم يسمعه الغلام التسمية واقتصر على اخباره بذلك وفات موضع التسمية باكمال الذبح اقسم أن لا يأكل الذبيحة وفي المدونة قال مالك في تفسير هذا الحديث لا أرى ذلك على الناس اذا أخبر الذابح انه قد سمى وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك مثله وعلى هذا يكون فعل ابن عياش على وجه التناهي في الورع والاخذ في خاصة نفسه بالاحوط ولعله قد أباح لغيره أكلها أو تصدق بها أو أعطاها محتاجا اليها وأما أن يحرم أكلها فلا يجوز ذلك ولا يجوز اطراحها الان في ذلك اضاعة للمال وافساد الطعام. وقد روى ابن حبيب في كتابه قال مالك وحسبت انه اتهم الغلام حين لم يسمعه التسمية قال مالك فمن ورع كما ورع ابن عياش فلا بأس به قال عبد الملك وانما الرخصة فيما لا تهمة فيه مثل حديث هشام بن عروة عن أبيه انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل ان ناسا يأتوننا بلحمان لا ندري هل سموا الله عليها أم لا وهذا الذي روى عن مالك خلاف لما ذكره أولا لان من اتهم غيره بتعمد ترك التسمية وكان عنده ممن يرضى بذلك ويقصده مع الاذكار له به فان الاحوط اطراح ذبيحته والامتناع من أكلها ولا يصدق فيما أخبر به من تسميته والله أعلم

وحدثني عن مالك عن يحيي بن سعيد أن عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة المخزومي أمر غلاما له أن يذبح ذبيحة فلما أراد أن يذبحها قال له سم الله فقال له الغلام قد سميت فقال له سم الله ويحك قال له قد سميت الله فقال له عبد الله بن عياش والله لا اطعمها أبدا

﴿ مايجوز من الذكاة على حال الضرورة ﴾

﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار ان رجلا من الانصار من بني حارثة كان يرعى لقحة له بأحد فأصابها الموت فذكاها بشظاظ فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ليس بها بأس فكلوها ﴾ ش قوله فأصاب الموت يريد انه أصابها من المرض ماتيقن ان الموت متصل به فذكاها بشظاظ وهي فلقة عود ولعله أن يكون محددا على صفة سنان الرمح أو السكين الذي يمكن الطعن بمثله فيفرى بحدته وفي الذكاة أربعة أبواب أحدها في صفة المذكى والثاني في صفة مايذكى به والثالث في صفة الذكاة والرابع في بيان محل الذكاة (فأما الباب الأول) في صفة المذكى فسيرد بعد هذا مستوعبا في حديث ابن عياش ان شاء الله

﴿ الباب الثاني في صفة مايذكى به ﴾

أما مايذكى به فانه كل محدد يمكن به انفاذ المقاتل وانهار الدم بالطعن في لبة ماينحر والفرى في أوداج مايذبح مما لايختص بطائفة من الكفار في قتل الحيوان به لأكل قال ابن المواز عن مالك وقد أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الذكاة بالحجارة والشظاظ وقال يريد المروة وشقة العصا والقصب وكل ما أنهر الدم فكل الا السن والظفر قال محمد وهو مذهب مالك وقال ابن حبيب مما يذكى به الضرار جمع ضرر وهي فلقة الحجر والليطة وهي فلقة القصب والشطير فلقة العصا وروى ابن وهب عن مالك في المبسوط ان كل شيء يصنع من فخار أو عظم أو قرن أو شيء يفرى فانه جائز وقال ابن حبيب لابأس أن يذبح بفلقة العظم ذكيا كان أو غير ذكي اذا بضع اللحم وأنهر الدم فحصل الخلاف بين رواية ابن المواز وبين ما أوردناه بعد هذا في الذكاة بالعظم والظفر وقد اختلف أصحابنا العراقيون في ذلك فقال القاضي أبو الحسن في كتابه الظاهر من مذهب مالك انه لايستبيح الذكاة بالسن والظفر ورأيت لبعض شيوخنا من أصحابه انه مكروه ومباح بالعظم قال وعندي ان السن اذا كان عريضا محددا والظفر كذلك حتى يمكن قطع الحلقوم به في مرة واحدة فانه تصح الذكاة به وكذلك سائر العظام متصلة أو منفصلة سواء كانت ممايؤكل لحمه أو ممالايؤكل لحمه وقال الشافعي لاتجوز الذكاة بذلك مثل الرواية الأولى عن مالك وقال أبو حنيفة ان كانا متصلين لم تصح الذكاة بهما وان كانا منفصلين صحت الذكاة بهما والرواية التي نسبها القاضي أبو الحسن الى أبي حنيفة هي لابن حبيب في واضحته قال واذا كان السن والظفر منزوعين وعظما حتى يمكن الذبح بهما فلابأس بذلك فوجه رواية المنع ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل ليس السن والظفر وسأخبرك عنه أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة ودليلنا من جهة القياس ان الشرع قد ورد باعتبار صفة الذابح واعتبار صفة الآلة ثم ثبت وتقرر ان مانهى عنه من صفة الذابح يمنع صحة الذبح فكذلك مانهي عنه من صفة الآلة وتحريره ان هذا معنى ورد الشرع باعتبار صفته في الذبح فلم يجز استعمال مانهي عنه من ذلك أصله الذابح ووجه رواية الاباحة قوله تعالى وما أكل السبع الا ماذكيتم والذكاة فرى الأوداج وقد وجد من هذا الذي ذبح بالسن والظفر فوجب أن تؤكل ذبيحته ومن جهة القياس ان هذا معنى يفرى الأوداج فجاز الذبح به كالحديد (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال القاضي أبو الحسن تجوز الذكاة بالسن والظفر المتصلين وأجاب عن الحديث بجوابين أحدهما انه يحمله على الكراهية والثاني انه يحمله على الظفر والسن

﴿ مايجوز من الذكاة على حال الضرورة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء ابن يسار أن رجلا من الانصار من بني حارثة كان يرعى لقحة له بأحد فأصابها الموت فذكاها بشظاظ فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ليس بها بأس فكلوها

الصغيرين اللذين لا يصح قطع الأوداج بهما فعلى هذا فى المسئلة ثلاثة أقوال أحدها انه لا تجوز الذكاة بسن ولا ظفر متصل ولا منفصل وهى الرواية التى حكاها القاضى أبو الحسن عن مالك وهو الظاهر من رواية ابن المواز والرواية الثانية انه تجوز الذكاة بهما منفصلين ومتصلين وهذا الظاهر من رواية ابن وهب عن مالك فى المبسوط وهو اختيار القاضى أبى الحسن والرواية الثالثة تجوز الذكاة بهما منفصلين ولا تجوز الذكاة بهما متصلين وهذا الذى قاله ابن حبيب * قال القاضى أبو الوليد والرواية الاولى أصحها عندى والله أعلم (مسئلة) ورأيت القاضى أبا الحسن قد شرط فى صفة ما يذكى به أن يفرى الأوداج والحلقوم فى دفعة واحدة قال وما كان من ذلك لا يفرى الحلقوم والودج الا فى دفعات فلا تجوز الذكاة به قال ولو وجد هذا من السكين لمنعنا منه ورأيت ابن حبيب قد قال فى المنجل المضرس لا خير فى الذكاة به لانه يبرد ولا إخاله يقطع كما تقطع الشفرة اذا ردت به اليد للاجهاز وقال ابن حبيب قوله ولا مردد يعنى ان يرفع يده ثم يردها ولكن يجهز أول ما يضع يده ولعل القاضى أبا الحسن قد أراد هذا فاما ترديد اليد من غير رفع فلا بد للذابح منه فى الأغلب

﴿ الباب الثالث فى صفة الذكاة ﴾

قال محمد فى كتابه السنة أخذ الشاة برفق وتضجع على شقها الأيسر ورأسها مشرق وتأخذ بيدك اليسرى جلدة حلقها من اللحى الاسفل بالصوف فتمده حتى تتبين البشرة وموضع السكين فى المذبح حيث تكون الجوزة ثم تسمى الله تعالى وتمد السكين مدا مجهزا من غير ترديد ثم ترفع ولا تنخع ولا تردد وقد حددت شفرتك قبل ذلك ولا تضرب بها الارض ولا تجعل رجلك على عنقها ولا تجرها برجلها ووجه ذلك ان الرفق بها مشروع مأمور به لما روى شداد بن أوس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال واذا ذبحتم فأحسنوا الذبح وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته (مسئلة) فان ترك التوجيه الى القبلة ففى المدونة يؤكل منها وبئس ما صنع وقال ابن حبيب ان ترك ذلك عامدا لم تؤكل وجه الرواية الاولى انه ترك صفة مندوبا اليها من صفة الذبح وذلك لا يقتضى فساد الذبيحة كما لو ذبحها بيسراه ووجه الرواية الثانية انه قد ترك ما سن فى الذكاة من القربة عامدا فأشبه ترك تعمد التسمية وظاهر قوله فى المدونة وبئس ما صنع يقتضى العمد والله أعلم (مسئلة) ومن رفع يده قبل أن يجهز على ذبيحته ثم رجع فاجهز قال ابن حبيب ان رجع فى فور الذبح قبل ان يذهب ويذبح الذبيحة فذلك جائز وان رجع بعد ان تباعد لم تؤكل قال سحنون لا تؤكل وان رجع مكانه وتأول بعض أصحابنا عن سحنون ان رفع يده كالمختبر أو ليرجع فيتم الذكاة ثم رجع فى فوره فأتمها فانها تؤكل وان كان رفع يده على انه قد أتم الذكاة ثم رجع فأتمها لم تؤكل قال أبو بكر بن عبد الرحمن فقلت للشيخ أبى الحسن يجب أن يكون الأمر بالعكس فاذا رفع يده ليختبر لم تؤكل واذا رفع يده على أنه أتم الذكاة أكلت وصوبه الشيخ أبو الحسن

﴿ الباب الرابع فى بيان محل الذكاة ﴾

الحيوان على ثلاثة أضرب ضرب يختص بالنحر وضرب يختص بالذبح وضرب يجوز فيه الامران فاما ما يختص بالنحر فالابل خاصة على أنواعها بختها وعرابها ونجبها ومحل النحر اللبة ولم أر لأحد من أصحابنا ذكر مراعاة معنى فى النحر أكثر مما ذكرناه فأما ما يختص بالذبح فهو جميع الحيوان المذكى غير الابل والبقر وأما ما يجوز فيه الامران فهو البقر على أنواعها من الجواميس وحكم الخيل حكم البقر فى الذكاة لمن استباح أكلها وقد قال الشيخ أبو بكر فى شرحه الكبير وقد

قيل ان عنق البقرة لما كان فوق عنق الشاة ودون عنق البعير جاز فيها الامران جميعا الذبح والنحر لقرب خروج الدم من جوفها بالذبح والنحر فيه أخف ولم يجز الذبح فى البعير لبعد خروج الدم من جوفها بالذبح زاد القاضى أبو محمد فيكون فى ذلك تعذيبه وزيادة فى ألمه والنحر فيه أخف قال الشيخ أبو بكر فى الفيل اذا نحر لا بأس بالانتفاع بعظمه وجلده لخصه بالنحر مع قصر عنقه * قال القاضى أبو الوليد ووجه ذلك عندى انه لا عنق له ولا يمكن لغلظ موضع حلقه واتصاله بجسمه أن يذبح وكان له منحر فكانت ذكاته فيه قال الشيخ أبو بكر وكذلك لم يجز النحر فى الشاة لعدم تمكن النحر فيها اذ لا لبتة لها زاد القاضى أبو محمد ولقرب موضع النحر من خاصرتها فلا يمكن من نحرها الا بما يصل الى جوفها فيكون كالطعن فى جوفها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالذبح عند مالك أفضل فى البقر وروى اسمعيل بن أبى أويس عن مالك من نحر البقر فبئس ما صنع لان الله تعالى قال ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة فأمر بالذبح ووجه ذلك انه أمر بالذبح ولا بد أن يكون على الوجوب أو الندب وأقل أحواله الندب وهذا انما يصح التعلق به على قول من يقول ان شريعة من قبلنا شريعة لنا الا ان يتبين النسخ فى القضية نفسها وعلى كل حال فقد قال مالك ان نحرت تؤكل لما قدمناه من ان الأمرين يتهيأ ن فيها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الذبح فى الحلق وهو ما دون الجوزة تكون الجوزة الى الرأس قاله ابن المواز وابن حبيب وقال ان لم يفعل ذلك فانه لا يقطع الحلقوم وانما يقطع الجلدة المتعلقة بلحى الذبيحة (فرع) فان لم يفعل وترك الجوزة الى الجسد فالذى حكى القاضى أبو محمد عن المذهب انها لا تؤكل وبه قال ابن حبيب والشيخ أبو اسحق وكذلك روى ابن المواز والعتبى وغيرهما عن ابن القاسم ورواه ابن وضاح عن عبد الله بن عبد الحكم ورواه محمد بن عمر عن مالك وأما ابن وهب فروى عنه العتبى وغيره انها تؤكل وكذلك روى عن أشهب ومحمد بن عبد الحكم وأبى مصعب وموسى بن معاوية وقال ابن وضاح لم يحفظ لمالك فيها شئ ولم يتكلم فيها الا فى أيام ابن عبد الحكم ونزلت به وجه رواية المنع ما احتج به شيوخنا ابن حبيب وغيره من ان الذابح فوق الجوزة لا يذبح فى الحلقوم وهو محل الذكاة ووجه الرواية الثانية ان هذا ذبح من الحلق فى موضع تتعجل به الذكاة ويسهل على الذبيحة فصحت فيه الذكاة أصل ذلك اذا كانت الجوزة فى حيز الرأس (فرع) اذا قلنا فى ذلك برواية المنع فان صار بعض الجوزة وهى الغلصمة فى الجسد وبعضها فى الرأس فقد قال محمد بن عبد الحكم ان قياس هذه الرواية ان بقى فى الرأس منها قدر حلقة الخاتم انها تؤكل الا أن يبقى فى الرأس منها ما لا يستدير فلا تؤكل (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الذكاة على حالين حال اختيار وحال ضرورة فأما حال الاختيار فمحل النحر اللبة ومحل الذبح الودجان والحلقوم فمن نقل شيأ من ذلك عن محله فلا يخلو أن ينقله الى ما هو محل الذكاة فى غيره مثل أن ينحر ما يجب ذبحه أو يذبح ما يجب نحره أو ينقله الى ما ليس بمحل الذكاة فأما الوجه الأول وهو أن ينقله الى ما هو محل الذكاة فى غيره ففى كتاب ابن المواز عن مالك لا تؤكل ساهيا فعل ذلك أو عامدا وقال أشهب تؤكل وجه قول مالك ان هذا حيوان مقدور عليه فلا يستباح الا بالذكاة المعهودة المختصة به أصل ذلك اذا طعن فى خاصرته ووجه قول أشهب ما احتج به من انه اذا ذبح البعير لغير ضرورة فقد صارت ذبيحته له ضرورة وذهب موضع الحرج فيجوز أكله ولا يطرح وكذلك الشاة اذا نحرت وقال القاضى أبو الحسين ان أصحابنا اختلفوا فى رواية المنع على وجهين فنهم من منع منه كراهية ومنهم من منع منه تحريما وبه قال ابن حبيب قال القاضى أبو محمد وزاد فى ذلك ابن بكير وجها ثالثا وهو انه قال يؤكل

البعير اذا ذبح ولا تؤكل الشاة اذا نحرت قال ووجه ذلك ان البعير له موضع ذبح وموضع نحر وانما عدل
الى النحر لما كان أقل لتعذيبه لان موضع لبتها يقرب من خاصرتها فيكون كالطاعن لها (مسئلة)
وأما ان نقل الذكاة الى غير محل الذكاة بوجه مثل أن يذبح فى العنق والقفا فقد قال ابن حبيب ان ذبح
فى القفا أو فى الصفحة الواحدة لا أرى أن تؤكل لانه ذبح فى غير المذبح ومثله لابن المواز فيمن ذبح فى
القفا وروى أشهب عن مالك فى العتبية لا يؤكل ما ذبح فى القفا وأما من أراد أن يذبح فى الحلقوم
فأخطأ فانحرف فانه يؤكل. وجه المنع من أكل ما ذبح فى القفا ان الذكاة من شرطها أن يكون أول
ما ينفذ من مقاتلها قطع الحلقوم والودجين ويكون ذلك سبب موت الذبيحة ومن ذبح فى القفا فقد
بدأ بقطع العنق وفيه النخاع وهو من المقاتل فكان ذلك سبب موت الذبيحة دون فرى الودجين
والحلقوم قاله القاضى أبو اسحق وأما رواية أشهب فى ان من أخطأ فانحرف فان ذبيحته تؤكل فانها
تحتاج الى تفصيل وذلك انه ان استوعب قطع الودجين والحلقوم قبل قطع النخاع فان ذلك مبيح
للذبيحة لانه أتى بشروط الذكاة فلا يضره ما زاد من شق الجلد بانحرافه وان كان لم يستوعب ذلك
جملة أو استوعبه بعد قطع النخاع بقطع العنق فان ذكاته عندى لا تصح وهو عندى معنى قول ابن
حبيب ان ذبح فى الصفحة الواحدة لم تؤكل (مسئلة) وأما حال الضرورة فانها على ضربين
ضرورة تمنع من التمكن منه كالبعير يشرد فلا يقدر عليه الا برمية أو طعنة فانه لا يؤكل ما قتل بذلك.
والدليل على ما نقوله ان هذه من بهيمة الأنعام فلا تؤكل الا بالذبح أو النحر كالمقدور عليه (فرع)
اذا ثبت ذلك فان هذا حكم الغنم والدجاج اذ ليس لها أصل فى التوحش حتى ترجع اليه وأما البقر
فقد قال ابن حبيب فى الواضحة عندى ان لها أصلا من بقر الوحش فاذا استوحشت حلت عندى
بالصيد وهذا الذى قاله فيه نظر لان بقر الوحش ليست بأصل للبقر الانسية ولا تشبهها فى خلق ولا
صورة وانما يتفقان فى الاسم كما ان حمر الوحش ليست بأصل للحمر الانسية ولا الماعز البرى أصلا
للغنم الانسية ولذلك فرق بينهما فى حكم المحرم وما أصله التوحش من الظباء والأرانب والايايل
وحمر الوحش تتأنس ثم تستوحش فانها تحل بالصيد وقاله مالك فى الهوام واليعاقيب وقال ابن
الماجشون وكذلك حمام البيوت والبرك والاوز الانسية اذا استوحشت وفى المدونة وكره مالك أن
يذبح الحمام الرومى المتخذ للفراخ ولا بأس أن يذبح الاوز والدجاج قال وليس أصل الاوز والدجاج مما
يطير وجه قول ابن الماجشون فى الاوز له أصل وحشى كالحمام ووجه قول مالك انه ليس له فى بلده
أصل مستوحش وانما الاعتبار بذلك (فرع) اذا ثبت ذلك فما كان أصله التأنيس اذا لم يستطع
أخذه الا بالعقر ففى الواضحة عن ابن الماجشون اذا لم يستطع أخذها الا بالعقر ولا بأس بذلك اذا لم يبلغ
العقر منها المقاتل مثل العرقبة وما أشبهها فهى مأمونة ثم تذبح قال فهذا الذى أخذ به وروى اسمعيل
ابن أبى أويس فى المبسوط عن مالك فى الرجل يطلب البقرة فى أرض العدو فلا يستطيع أن
يأخذها الا بأن يعرقبها ثم يذبحها فقال لا آكلها ولا أحرمها وفى سماع ابن وهب عن مالك انه كرهها
وذلك يحتمل الخلاف بين ابن الماجشون ومالك ويحتمل ان مالكا انما كره ذلك لان مثل هذا من
العقر لا يجوز الا فيما لا يقدر عليه الا بعد المحاولة لذلك والمبالغة فيه والغازى فى أرض العدو يسارع
الى ذلك مع القدرة عليه أو قبل المحاولة له وقد يبلغ ذلك من الحيوان ما يكون سببا لسرعة موته
غالبا كقطع الفخذ وما أشبهه وقد اختلف قول مالك فى الصيد يرمى بسهم مسموم ثم يذبح فقال فى
العتبية والموازية لا يؤكل لعل السهم أعان على قتله وأخاف على من أكله فعلى هذا التعليل

المؤول فى مسئلتنا الا ندرى لعل عرقبته أثرت فى قتله قبل فرى أوداجه ولا يلزم على هذا الصيد لان ذلك مباح فى الصيد ولا يلزم على هذا المتردية والنطيحة لان ذلك ليس من فعل الانسان وانما يجوز فعل ذلك عند الضرورة مما يحبسه ولا يسرع بافاضة نفسه وعليه يحمل ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الذى رمى بعيرا ندّ فحبسه رجل بسهم فقال صلى الله عليه وسلم ان لهذه الابل أوابد كأوابد الوحش فما ندّ منها فافعلوا به كذا وقد روى اسماعيل بن أبى أويس عن مالك فيما توحش من الابل والبقر والغنم فلا يدرك الا بالنبل أو المزاريق والرماح لا يؤكل وذلك يحتمل وجهين فان كان الرمى بالنبل والطعن بالرماح أثر فيها مثل العرقبة فهو على ما تقدم وقوله لا تؤكل بمعنى الكراهية وان كان بلغ بذلك انفاذ مقاتلها فقوله لا تؤكل على التحريم (مسئلة) وأما الضرورة التى تمنع الوصول الى موضع الذكاة فهى على قسمين أحدهما أن تمنع الوصول الى موضع ذكاتها ولا تمنع الوصول الى موضع نحرها والقسم الثانى أن تمنع الوصول الى موضع ذكاة جملة فأما القسم الأول فمثل أن تمنع الوصول الى منحر البعير ولا تمنع من الوصول الى مذبحه أو تمنع الوصول الى مذبح الشاة ولا تمنع الوصول الى منحرها فهذا قد قال مالك فى غير موضع ان الشاة تؤكل حينئذ بالنحر والبعير يؤكل بالذبح ووجه ذلك ان هذه ذكاة فى بهيمة الانعام (مسئلة) فأما اذا لم يقدر أن يصل الى موضع ذكاة بجملة وانما يقدر على طعن فى جنبها أو فخذها أو غير ذلك منها مما ليس بمنحر ولا مذبح فانها لا تؤكل قاله مالك خلافا للشافعى والدليل على مانقوله ان هذه من بهيمة الانعام فلم يستبح أكلها بغير الذكاة المعهودة فى بهيمة الانعام كالمقدور عليه (فرع) وكل دابة امالحم ودم سائل من هوام الارض كالحية والفأرة والحرباء والعظاءة وما أشبهها فان من احتاج الى شئ منها لدواء أو غيره فذكاتها فى الحلق كسائر الذبائح وكالصيد بالرمى والسهم والطعن بالرمح وشبه ذلك ان صيدت مع التسمية فى التذكية والتصيد روى ذلك ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك ان ماله نفس سائلة فانه لا يستباح الا بالذبح أو بالنحر كالانعام (مسئلة) وأما ماليست له نفس سائلة كالجراد والحلزون والعقرب والخنفساء وبنات وردان والقرنبا والزنبور واليعسوب والذر والنمل والسوس والحلم والدود والبعوض والذباب فلا يجوز أكله والتداوى به لمن احتاج الى ذلك الا بذكاة والذى يجزى من الذكاة فى الجراد أن يفعل بها مالا تعيش معه ويتعجل موتها به كقطع رؤسها وأرجلها من أفخاذها أو القائها فى ماء حار قال ابن حبيب فى الجراد والحلزون أو تبقر بالشوك والابر حتى تموت أو يلقى الجراد أو يشوى فأما قطع أجنحتها أو أرجلها فقط فقال مالك تؤكل وقال أشهب لا تؤكل وان ألقيت فى ماء بارد فقد قال سحنون لا تؤكل وان ألقيت فى ماء حار أكلت وروى عن مالك تؤكل فى الوجهين فقول مالك مبنى على أن ماصنع مما لا تعيش معه انه ذكاة فيها وقول أشهب مبنى على أنه انما تكون الذكاة بما يتعجل به موتها ومايتأخر به موتها وتعذب به فليس بذكاة لها وأما أخذه فهل يكون ذكاة أم لا المشهور من المذهب أنه لا يكون ذكاة له خلافا لسعيد بن المسيب والدليل على مانقوله أن هذا صيد يفتقر الى ذكاة فلم يكن مجرد أخذه ذكاة أصله الطير (فرع) اذا ثبت ذلك فحكم الحلزون حكم الجراد قال مالك ذكاته بالسلق أو يغرز بالشوك والابر حتى يموت من ذلك ويسمى الله تعالى عند ذلك كما يسمى عند قطف رؤس الجراد وقد قال الشيخ أبو بكر العقرب والخنفساء من احتاج الى التداوى بشئ منها فليقطف رؤسها ثم يتداوى بها ان شاء الله تعالى ص * مالك عن نافع عن رجل من الانصار عن معاذ بن سعد أو سعد بن معاذ أن جارية

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن رجل من الانصار عن معاذ بن سعد أو سعد ابن معاذ أن جارية

لكعب بن مالك كانت ترعى غنماله بسلع فأصيبت شاة منها فأدركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها فكلوها * ش قوله أن جارية لكعب بن مالك أكثر ما تستعمل العرب هذه اللفظة فى المملوكة ولذلك أضافها الى كعب بن مالك اضافة ظاهرها الملك وكانت هذه الجارية ترعى غنما لكعب بن مالك بسلع جبل من جبال المدينة فأصيبت شاة منها يحتمل أن يكون نزل بها ذلك من أمر الله تعالى فذكتها الجارية بحجر وفى ذلك بابان أحدهما صفة ما يذكى به من الحجارة وقد تقدم ذكره والباب الثانى فى صفة الذابح المؤثرة فى الذكاة وهو الدين وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما الرق فليس بمؤثر فى الذكاة فتجوز ذكاة العبد على كل حال وأما الصغير والانثى ففى كتاب ابن المواز عن مالك تكره ذبيحة الصبى والمرأة من غير ضرورة وفى المدونة عن ابن القاسم تجوز ذكاة المرأة من غير ضرورة ولا بأس بذكاة الصبى اذا أطاق الذبح وروى أكثره عن مالك قال ابن حبيب مختونا كان الصبى أو غير مختون وجه رواية ابن المواز أن هذا معنى يعتبر فيه الدين فاعتبر فيه الأنوثة والذكورة والبلوغ والامانة ووجه رواية المدونة أنه معنى لا يعتبر فيه الرق فلم يعتبر فيه الأنوثة كالبيع والشراء والطبخ (فرع) فاذا قلنا بكراهية ذبيحة المرأة فهل تكره ذبيحة الخصى حكى الشيخ أبو اسحق تؤكل ذبيحته ولم يذكر كراهيته وروى أشهب عن مالك فى العتبية لا أحب ذبيحة الخصى فان فعل أكلت ووجه ذلك عندى أنه نحو الانوثة والله أعلم (فرع) ولا تجوز ذبيحة السكران ولا المجنون اذا لم يعقلا رواه ابن وهب عن مالك فى المبسوط زاد ابن وهب عن مالك فى المبسوط ولا ذبيحة أعجمى لا يعرف الصلاة ووجه ذلك أن كل واحد منهما لا تصح منه النيابة فى الذكاة وذلك معتبر فى صحتها والله تعالى أعلم وأحكم (فرع) ولا تؤكل ذبيحة المرتد وان ارتد الى يهودية أو نصرانية رواه ابن حبيب قال ولا تؤكل ذبيحة من يدع الصلاة ولا ذبيحة من يضيعها ويعرف بالتهاون بها ونحا بذلك الى أنه ارتداد قال وكذلك قال لى من كاشفت من أصحاب مالك عنه فى جميعه ص * مالك عن ثور بن زيد الديلى عن عبد الله بن عباس أنه سئل عن ذبائح نصارى العرب فقال لا بأس بها وتلا هذه الآية ومن يتولهم منكم فانه منهم * ش قوله فى ذبائح نصارى العرب لا بأس بها أجراهم فى ذلك مجرى نصارى العجم فان ذبائح النصارى وغيرهم من أهل الكتاب مباحة لنا بقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم فاعلم ان ذبائح نصارى العرب مباحة أيضا ولم يتعلق صلى الله عليه وسلم بقوله وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم أما ان هذه الآية لم تكن نزلت بعد أو لانها عامة يحتمل أن تكون عامة فى جميع أهل الكتاب ويحتمل أن تكون خاصة فى العجم وان كان الأظهر عمومها فأظهر التعلق بما هو خاص فى العرب أو فيمن خوطب بهذه الآية وهم المنافقون وكانوا عربا ومقتضى الآية انه من يتولى أهل الكتاب من العرب فانه منهم لان المتولى لأهل الكتاب المخاطبين بهذه الآية يجب أن يكونوا غير أهل الكتاب المتقدم ذكرهم من العجم فحكم تعالى بانه منهم وذلك يوجب أن يكونوا من أهل الكتاب وذلك يقتضى أن يكون حكمهم حكم أهل الكتاب فى الذبائح وغيرها فاذا كانت ذبائح أهل الكتاب من العجم مباحة فكذلك ذبائح أهل الكتاب من العرب لان الأنساب لا تؤثر فى ذلك وانما تؤثر فيه الأديان (مسئلة) واذا علمت ان من دينه النصرانية ممن يستبيح الميتة فلا تأكل من ذبيحته الا ما شاهدت ذبحه ووجه ذلك انه انما يستباح من ذبيحته ما وقع على وجه الصحة والمسلم أصح ذبيحة وهذا حكمه فاذا علم انه ربما قتل الحيوان على الوجه الذى لا يبيح أكله وجب الامتناع

لكعب بن مالك كانت ترعى غنماله بسلع فاصيبت شاة منها فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها فكلوها * وحدثنى عن مالك عن ثور بن زيد الديلى عن عبد الله بن عباس انه سئل عن ذبائح نصارى العرب فقال لا بأس بها وتلا هذه الآية ومن يتولهم منكم فانه منهم

من أكل مامات على يده من الحيوان الا أن يعلم ان ذكاته وجدت منه على وجه الصحة لما يتوقع
أن يكون حلول ذلك منه على وجه القتل المنافى للاباحة قال مالك سواء كان ذميا أو حربيا
(فرع) قال محمد وكره مالك ماذبحوا للكتابيين أو لعيسى أو لجبريل أو لأعيادهم زاد ابن
حبيب أو الصليب من غير تحريم وأما ماذبح للأصنام فيحرم لقول الله تعالى وماذبح على النصب
وقال ابن حبيب فى أكل ماذبح لأعيادهم وكنائسهم تعظيم لشركهم قال وقد قال ابن القاسم
فى النصرانى يوصى بشئ من ماله للكنيسة فيباع لا يحل للمسلم شراؤه لما فى ذلك من تعظيم شرائعهم
ومشتريه مسلم سوء (مسئلة) وماذبحه اليهود مما لا يستبيحون أكله مما ذكر الله فى كتابه من
قوله تعالى وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذى ظفر قال ابن حبيب هى الابل وحمر الوحش والنعم
والأوز ومالیس مشقوق الخف ولا منفرج القائمة فهذا لا يحل أكله بذبحهم ووجه ذلك ان الذكاة
مفتقرة الى النية والقصد وهم لا يصح ذلك منهم لانه عندهم لا يستباح بالذكاة (مسئلة) وماحرم
عليهم من شحوم الحيوان الذى يستبيحونه وذلك قوله تعالى فى البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما
قال ابن حبيب هى الشحوم المجملة الخالصة مثل الثروب والكشاء وهو شحم الكلى ومالصق
بالغطنة وشبهها من الشحوم المحضة التى لم تختلط بعظم ولا لحم وأما قوله تعالى إلا ما حملت ظهورهما
مايغشى اللحم من الشحم على الظهر وسائر الجسد وما اختلط منه بلحم أو عظم وأما الحوايا فهى
المباعر ويقال لها بنات اللبن والعرب تسميها المرائم فكل ذلك من الشحم داخل فى الاستثناء
قال ابن حبيب ما كان من هذا محرما بنص التنزيل فلا يحل لنا أكله بعينه ولا أكل ثمنه ومالم يكن
محرما عليهم فى التنزيل مثل الطريف وشبهه فانه مكروه أكله وأكل ثمنه قال وهذا قول مالك
وبعض أصحابه وحكى القاضى أبو محمد ان شحوم اليهود المحرمة عليهم مكروهة عند مالك
ومحرمة عند ابن القاسم وأشهب وقد روى عن مالك وقال أبو حنيفة والشافعى هى مباحة غير
مكروهة وجه رواية التحريم ان هذه ذكاة يعتقد مباشرها تحريم بعضها وتحليل بعضها فوجب
أن يستباح بها ما يعتقد تحليله دون ما يعتقد تحريمه كالمسلم يعتقد استباحة اللحم دون الدم ووجه
رواية منع التحريم ان هذا مذك يجوز أكل لحم ماذكى فجاز أكل لحمه كالمسلم وأما الطريف
ففى المدونة كان مالك يجيز أكله ثم كرهه قال ابن القاسم وأرى أن لا يؤكل فظاهر لفظ ابن القاسم
المنع جملة ولو حمل على التحريم لما بعد ووجه جواز ذلك انه قصد الى استباحة أكله لان ما نجده
عليه من الوجه المانع له من أكله لا يظهر الا بعد تمام الذكاة فصح قصده الى اباحته ووجه رواية
المنع ان هذه ذبيحة منع منها الذابح بالشرع فمنع منها غيره كالمحرم قال مالك وتؤكل ذبيحة السامرية
صنف من اليهود لا يؤمنون بالبعث (فرع) ونهى المسلمون عن الشراء من جزارى اليهود
ونهى اليهود عن البيع منهم فمن اشترى منهم من المسلمين فهو رجل سوء ولا يفسخ شراؤه الا أن
يشترى من اليهود مثل الطريف وشبهه مما لا يأكلونه فيفسخ على كل حال رواه ابن حبيب عن
مطرف وابن الماجشون (مسئلة) ولا تؤكل ذبائح الصابئين وليس بحرام كتحريم ذبائح المجوس
وقد حرم الحسن وسعيد بن جبير ذبائحهم ونكاح نسائهم وقيل انهم بين المجوسية والنصرانية
(مسئلة) لا تؤكل ذبائح المجوس وليسوا أهل كتاب ولو ولى مسلما ذبيحته فقد اختلف فيها
فأجازها ابن سيرين وعطاء وكره ذلك الحسن قال ابن المواز انما يكره أكلها اذا قال للمسلم اذبحها
لنارنا أو لصنمنا فأما لو تضيف به مسلم فأمره بذبحها ليأكل منها فذلك جائز وان أعدها لغيره ص

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عباس كان يقول مافرى الاوداج فكلوه

* مالك انه بلغه أن عبد الله بن عباس كان يقول مافرى الأوداج فكلوه * ش قوله مافرى الأوداج يحتمل معنيين أحدهما صفة الآلة التي يذبح بها فيقول ان ما كان من الآلات على هذه الصفة وجب أن تستباح به الذكاة وهذا ظاهر اللفظ والمعنى الثاني أن يريد به مابلغ من ذكاته الى فري الاوداج فانه قد كملت ذكاته وحصلت اباحته ولعله قد ترك ذكر الحلقوم لما كان المعلوم في الأغلب لاتفرى الأوداج الا بعد فرى الحلقوم وقال مالك في المدونة ان الذكاة تفرى الحلقوم والودجين فان قطع الودجين دون الحلقوم أو الحلقوم دون الودجين لم تتم الذكاة هذا حقيقة المذهب وقال الشافعي في الذكاة تقطع الحلقوم والمرىء وهو البلعوم والاعتبار بالودجين والدليل على مانقوله ماروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكل وانهار الدم اجراؤه وذلك لايكون الا بقطع الأوداج لانها مجرى الدم وأما المرىء فليس بمجرى الدم وانما هو مجرى الطعام وليس فيه من الدم الا اليسير الذي لا يحصل به الانهار ودليلنا أيضا ماروى أن عبد الله بن عباس قال باعتبار الودجين ولا مخالف له من الصحابة ولانعلم أحدا منهم قال باعتبار المرىء ودليلنا من جهة المعنى ان الذكاة مبنية على فرى ما كان فريه أسرع موتا لانه أخف على الحيوان والودجان أسرع في ذلك من المرىء لان المرىء مدخل الطعام ويفضي الى الفم بقطعه احداث مدخل آخر له بقرب الاول فليس بمقتل في نفسه وأما الودجان فان نهايتهما متصلة بالجسم وهما مجرى الدم لايتصل بعد انقطاعهما فقطعهما مقتل ولذلك يقال في الذبيحة تشخب أوداجها دما ولا ذكر للمرىء في ذلك فكان ماقلناه أولى اتباعا ونظرا (فرع) وأما الحلقوم فجرى النفس وهو من المذبح فان قطع جميعه مع الودجين تمت الذكاة فيه وان قطع بعضه فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الدجاجة والعصفور والحمام اذا أجهز على أوداجه وحلقه أو ثلثيه فلا بأس بذلك وقاله ابن حبيب وزاد وان لم يقطع منه الا اليسير فلا يجوز وقال سحنون لايجوز ذلك حتى يجهز على جميع الحلقوم والاوداج وجه قول سحنون ان هذا معنى تتعلق به الذكاة فوجب أن يكون حكمه الاستيعاب كالودجين ووجه قول ابن القاسم ان الذكاة محلها الودجان وانما تتعلق بالحلقوم على معنى التبع فاذا قطع أكثره مع استيعاب الودجين فقد كملت الذكاة (فرع) ولو قطع الحلقوم واحد الودجين فقد قال ابن حبيب لاتؤكل وظاهر لفظ المدونة يقتضي أنها لاتؤكل لانه قال لاتؤكل حتى يقطع الحلقوم والودجين وقال الشيخ أبو اسحق ان بقى شئ من الودجين لم تؤكل ووجه ذلك تعلق الذكاة بهما فلم يكن بد من استيعابهما

(فصل) وقوله فكلوه تبيين أن قوله مافرى الأوداج انما أراد به الفعل دون الآلة فكأنه قال كل ذبح أو ذكاة تبلغ فرى الأوداج فانه قد أباح أكل ماذكى به وفي الكلام تجوز لرجوع ضمير المأكول على الفعل والمعنى ماذكرناه والله أعلم (فرع) ومن نخع الذبيحة ومعناه أن يقطع نخاعها عند ذبحها فقد قال ابن حبيب ان فعل أي أكل ذبحها يريد انه فعل ذلك من ذبحها فقد أساء وهي تؤكل وان كان نخعها في ذبحه يريد لمن يفصل بينهما فان فعل ذلك ليد سبقت فهي تؤكل قاله مالك في ذلك كله وان تعمد ذلك من غير جهل فقد قال مطرف وابن الماجشون لاتؤكل وقال أصبغ وابن القاسم تؤكل في العامد والجاهل ولا أقول بقولهما وجه القول الأول ما احتج به من انه ترك سنة الذبح فهو كالعابث بذبيحته ووجه القول الثاني أن مازاد من النخع انما وجد بعد تمام الذكاة المبيحة كالو تعمد سلخها وقطع أعضائها بعد أن أكمل ذكاتها وقبل أن يزهق نفسها ص

﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول ماذبح به اذا بضع فلا بأس به اذا اضطررت اليه ﴾ ش قوله ماذبح به اذا بضع على ماقدمناه من أن الآلة يجب أن تكون على صفة تبضع ولا تكون مما تكسر أو تهشم الأوداج بقوة دون حدة ولا تكون مما يبرد كالمنجل المضرس (فصل) وقوله اذا اضطررت اليه دليل على انه قصد الاخبار عن غير الحديد وأما الحديد الذى على هذه الحال فهو الذى يذبح به فى حال الاختيار وانما شرط الضرورة فى الذبح لغير الحديد لان الحديد المحكم أسرع قطعا وأقل ألما وأيضا فانه أخبر عن المعتاد من أحوال الناس بانه لا يكاد يستعمل شئ من ذلك الا عند عدم الحديد والله أعلم وفى المدونة عن ابن نافع انه انما يذبح بذلك اذا لم يوجد غيره وقال ابن كنانة عن مالك الشفرة أحب الى اذا وجدت فاذا ذبح مع وجود الشفر جاز ورواه عيسى عن ابن القاسم

﴿ ما يكره من الذبيحة فى الذكاة ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن أبى مرة مولى عقيل بن أبى طالب انه سأل أباهريرة عن شاة ذبحت فتحرك بعضها فأمره أن يأكلها ثم سأل عن ذلك زيد بن ثابت فقال ان الميتة لتتحرك ونهاه عن ذلك * وسئل مالك عن شاة تردت فتكسرت فأدركها صاحبها فذبحها فسال الدم منها ولم تتحرك فقال مالك ان كان ذبحها ونفسها تجرى وهى تطرف فليأكلها ﴾ ش قوله عن شاة ذبحت فتحرك بعضها لا يخلو من ثلاثة أحوال أن تكون صحيحة أو تكون مكسورة أصابها ذلك الكسر فعوجلت بالذبح فتحرك بعضها أو يكون بها مرض نخيف عليها الموت فعوجلت فأما ان كانت صحيحة ليس بها شئ فان كان الذابح قد صادفها وهى مستجمعة الحياة وهو الذى يراعى فى صحة الذكاة فلا خلاف نعلمه فى صحة ذكاتها واباحة أكلها وقاله مالك (مسئلة) وأما ان أصابها كسر أو نحوه فانتهت مما أصابها الى حد الموت وشبهه مما يأس فيه من حياتها فذبحها فطرفت بعد الذبح بعينها أو استفاض نفسها أو حركت ذنبها أو ركضت برجلها فقد اختلف أصحابنا فيه فروى ابن حبيب عن ابن القاسم وأصبغ انها تؤكل وهو فى المختصر من رواية ابن القاسم عن مالك وعن ابن الماجشون وابن عبد الحكم لا تؤكل ورواه ابن عبد الحكم عن مالك وجه قول ابن القاسم قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة الى قوله تعالى الا ماذكيتم فاستثنى من ذلك كله ما أدركت ذكاته لان المعنى والله أعلم وما أكل السبع منه لان ما أكل السبع جميعه فقد فاتت عينه فلا يقال فيه انه حلال ولا حرام لعدمه وقد قال القاضى أبو اسحق المعنى تحريم ما أكل السبع لفوات الذكاة فيه ومعنى قوله تعالى الا ماذكيتم لكن ماذكيتم مما لم يأكله السبع وليس باستثناء مما تقدم قال وهذا كقوله تعالى طه ما أنزلنا عليك القرآن لتشقى الا تذكرة لمن يخشى تقديره ولكن تذكرة لمن يخشى * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وعندى أن الوجه الاول أظهر والله أعلم ومن جهة المعنى ان هذه أدركت ذكاتها وبها بقية من حياتها فجاز أكلها كالمريضة ووجه رواية ابن عبد الحكم ما احتج به الشيخ أبو بكر فى نصرة هذه الرواية ان معنى المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة التى لم تمت بعد ولو أراد التى ماتت لاغنى عن ذلك قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وأراد بقوله الا ماذكيتم الا ما أدركتموه بصفة ما يذكى وأما ما بلغ أن لا ترجى حياته فى الأغلب فلا يذكى وان أدرك حيا لان تلك ليست بحياة ولا حكمه حكم الحى ومن

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن ابن المسيب انه كان يقول ماذبح به اذا بضع فلا بأس به اذا اضطررت اليه

﴿ ما يكره من الذبيحة فى الذكاة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن أبى مرة مولى عقيل بن أبى طالب انه سأل أباهريرة عن شاة ذبحت فتحرك بعضها فأمره أن يأكلها ثم سأل عن ذلك زيد بن ثابت فقال ان الميتة لتتحرك ونهاه عن ذلك * وسئل مالك عن شاة تردت فتكسرت فادركها صاحبها فذبحها فسال الدم منها ولم تتحرك فقال مالك اذا كان ذبحها ونفسها يجرى وهى تطرف فليأكلها

جهة المعنى ان هذا لا ترجى حياته فلم تجز ذكاته أصل ذلك ما أنفذت مقاتله قال والفرق بين هذه وبين المريضة فيما حكاه الشيخ أبو بكر لنصرة قول ابن عبد الحكم وروايته عن مالك ان المتردية والنطيحة طرأ عليها ما الاغلب منه الموت فلا نعلم ان الذكاة أفاتت نفسها الا انا نخاف أن يغلب على الظن ان الذى أفات نفسها ما نزل بها وليس كذلك المريضة فانه لا يطرأ عليها شئ ويظن بها من أجله الموت فكان الاظهر ان الذكاة أفاتت نفسها كالصحيحة وكذلك اذا أدركت حياتها ظاهرة فانها تؤكل سواء كانت مما يرجى بقاء حياتها أم لا

(فصل) وسؤال السائل لمالك عن شاة تردت فتكسرت التردى اذا كان منه كسر يؤدى الى ثلاثة أحوال أحدها ان تنفذ المقاتل وهى خمسة متفق عليها انقطاع النخاع وهو عند ابن القاسم وأصبغ ومالك من رواية ابن القاسم عن مالك فى العتبية الشحم الأبيض الذى فى وسط فقار العنق والظهر والثانى انتثار الدماغ والثالث فرى الأوداج والرابع انفتاق المصران والخامس انتثار الحشوة واختلف أصحابنا فى اندقاق العنق من غير انقطاع نخاعه فروى ابن الماجشون ومطرف عن مالك ان ذلك من المقاتل وروى ابن القاسم عن مالك انه ليس بمقتل حتى يقترن به انقطاع نخاعه فهذه المعانى متى حصلت من ترد أو ما أشبهه فقد فاتت الذكاة وان ظهرت حياته بعد الذبح لان ما وصل الى هذا الحد فقد استحال دوام حياته وانما حركته بعد ذلك من باب اضطراب الميت وتحركه عند فوات نفسه (مسئلة) والحال الثانية أن ينكسر منها عضو ويرجى بقاء حياتها سواء رجى انجبار ما انكسر منها أو يئس منه فهذا لا خلاف أيضا فى جواز ذكاتها لانها ترجى حياتها كالتى لم تنكسر (مسئلة) والحال الثالثة ينفذ مقاتلها الا انها مع ذلك قد بلغت مبلغا لا يشك فى انه لا تبقى حياتها أو يشك فى ذلك فان هذا اختلف قول مالك فيها وأصحابه فى صحة ذكاتها على ما تقدم * ولهذا المعنى اختلف جواب أبى هريرة وزيد بن ثابت ولعلهما انما سهلا فى هذه المسئلة ولذلك قال زيد ان الميتة لتتحرك يريد عند موتها فاذا لم يتيقن ان الذكاة صادفت حياة كاملة لا يحل أكلها عنده وقد تقدم ذكر الخلاف فيه وسنفرد له بابا ان شاء الله

(فصل) وقول السائل فى شاة كسرت ان ذبحها فسال الدم منها ولم تتحرك فقال مالك فى جوابه ان ذبحها ونفسها تجرى وهى تطرف فليأكلها وذلك يحتمل وجهين أحدهما ان يريد بذلك اذا أدركها الذكاة ونفسها تجرى وعينها تطرف فقد أدرك الذكاة لادراكه حياتها سواء سال الدم أو لم يسل وقد قال ابن القاسم وابن كنانة فى المريضة اذا اضطربت أكلت وان لم يسل دمها والوجه الثانى أن يكون جوابه مبنيا على سؤال السائل فيكون معناه ان التى سال دمها اذا ذبحها ونفسها تجرى وهى تطرف فليأكلها فجاوب عن الذبيحة التى يجتمع فيها الأمر ان سيلان دمها دون الحركة وعلى الوجهين فلم يعتبر اليأس من حياتها وقد تكلمنا على ادراك الحياة ونحن نتكلم على المعانى التى يستدل بها على ادراك الحياة وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن عبد الحكم انهما قالا للحياة علامات يستدل بها وهى خمس علامات سيلان الدم والطرف بالعين وجريان النفس وتحريك الذنب والركض بالرجل فاما سيلان الدم فان كانت صحيحة فذبحها فسال دمها ولم تتحرك فقد قال مالك تؤكل ولا يمكن عندى فى الصحيحة ان تتحرك ولا يسيل دمها فلا معنى لذكره (مسئلة) وأما المكسورة فاذا حملنا قول مالك على انه أراد التى سال دمها ونفسها يجرى وعينها تطرف فليأكلها فجمع بين جرى الدم والحركة لان جريان النفس وطرف العين من باب الحركة ولو

انفرد سيلان الدم لم أرفيه نصا لأصحابنا والأظهر عندي على أصول أصحابنا انه لايجوز أكلها الان مالكا ان كان أراد بجوابه في مسئلة السائل اضافة جوابه الى سؤال السائل في سيلان الدم فانه لايبيح أكلها الابان يسيل دمها وتقترن بذلك حركتها بالنفس أو طرف العين وان قلنا انه أعرض عن سؤال السائل في سيلان الدم واستأنف الجواب فانه لم يعتبر بسيلان الدم لما لم يكن له تأثير عنده فيها وراعى الحركة خاصة فلا تؤكل المكسورة التي تنفرد بسيلان الدم ولو انفردت الحركة دون سيلان الدم لم أر فيه نصا * قال الامام أبو الوليد رحمه الله وعندي انها تحتمل الخلاف الذي تقدم بين ابن القاسم وابن عبد الحكم في التي يئس من بقاء حياتها أو شك في ذلك ولكنها أدركت بالذكاة حياتها فيقال على رواية ابن القاسم انه يجوز أكلها كالمريضة ويقال على رواية ابن عبد الحكم انه لايجوز أكلها ويفرق بينها وبين المريضة بما تقدم (مسئلة) وأما المريضة فقد قال مالك اذا سال دمها وتحركت بعد الذبح فانها تؤكل وان لم يكن ذلك لم تؤكل الا أن تكون منها الحياة بينة بالنفس البين أو العين تطرف فان كان أراد بقوله وان لم يكن ذلك لم يكن سيلان الدم ولا الحركة ولكن وجه دليل الحياة بالنفس المتردد أو العين تطرف فهذا بين في ان الحركة الدالة على ذلك تبيح الأكل دون سيلان الدم * وقد قال ابن القاسم وابن كنانة اذا اضطربت أكلت وان لم يسل دمها وأما ان سال دمها ولم تتحرك ففي كتاب محمد فان كانت صحيحة فانها تؤكل وأما المريضة فان كان نفسها يجري وحركتها تعرف فانها تؤكل * قال محمد ويعرف ذلك بحركة الرجل والذنب قاله زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب قال محمد والعين تطرف أو يستفيض نفسها في جوفها أو منخرها فان هذه الحركات ما كان منها عند حز الشفرة بحلقها فانها تؤكل فظاهر هذا اللفظ ان المريضة مخالفة للصحيحة وان الصحيحة تؤكل بسيلان الدم خاصة وان المريضة لاتؤكل بذلك حتى يقترن بها أحد هذه الأربع وعطف الشيخ أبو محمد لهذه الأقوال بعضها على بعض دليل على ان حملها على الوجه الذي تأولناه عليه ففي هذا ان الحركة عنده أقوى في بقاء الحياة من سيلان الدم لان الحركة من أسباب الحياة وأحكامها وأما سيلان الدم فانه انفصال بعض أجزاء الجسم من بعض

(فصل) وقول مالك ان ذبحها ونفسها يجري وهي تطرف معنى جريان نفسها تردده على حسب التنفس فأما خروج الريح من الجسد عند الموت فليس من جريان النفس وسؤال السائل لمالك عن عدم الحركة بعد تمام الذكاة فالظاهر ان مالكا أجابه ان عدم الحركة بعد تمام الذكاة لا يمنع صحتها اذا صادفت نفسا يجري وعينا تطرف حين الذكاة وقد روى في المدنية عن عبد الرحمن بن دينار انه قيل لابن نافع فلو أن سبعا حمل على شاة فاستنقذتها منه فذبحتها وهي تطرف فلما فرغت من ذبحها لم يتحرك منها شيء فقال اذا ذبحتها ونفسها تجري وهي تطرف فلا بأس بأكلها فبين ان قوله انما كان لان الاعتبار بالحركة بعد الموت غير صحيح وانما يعتبر بما ذكره من النفس الذي يجري والعين التي تطرف حال الذبح وقد قال ابن حبيب ان الحياة تعرف بحركة الرجل أو الذنب أو العين تطرف أو النفس تستفيض في جوفها أو منخرها فان هذه الحركات الاربع كان منها عند حز الشفرة على حلقها يريد مع سيلان الدم في المريضة فانها تؤكل

﴿ ذكاة ما في بطن الذبيحة ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول اذا نحرت الناقة فذكاة ما في بطنها في ذكاتها

﴿ ذكاة ما في بطن الذبيحة ﴾
* حدثني يحيي عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول اذا نحرت الناقة فذكاة ما في بطنها في ذكاتها

اذا كان قد تم خلقه ونبت شعره فاذا خرج من بطن أمه ذبح حتى يخرج الدم من جوفه * مالك عن زيد بن أسلم عن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب انه كان يقول ذكاة ما في بطن الذبيحة في ذكاة أمه اذا كان قد تم خلقه ونبت شعره * ش قوله رضي الله عنه اذا نحرت الناقة فذكاة ما في بطنها ذكاتها ومعنى ذلك انه اذا تم خلق الجنين ونبت شعره فان ذكاة أمه ذكاة له وحينئذ هو مما يصح أن يؤكل بالذكاة وقال أبو حنيفة لا يؤكل وقد تعلق أصحابنا في ذلك بأحاديث ليست بصحاح ولا تثبت والدليل على ذلك من جهة القياس ان هذا حكم ثبت في الام فوجب أن يثبت في الجنين كالهبة والبيع ولا يلزم على هذا ما لم ينبت شعره لان ذلك ليس بحي ولا تكون الذكاة الا بعد حياة وقال الشافعي يؤكل وان لم ينبت شعره وقال القاضي أبو محمد وغيره من أصحابنا ان الاشعار دليل على نفخ الروح فيه وما لم ينبت شعره فليس بحي بعد فلا يستباح بذكاة وهو مذهب ابن عمر والدليل على ما نقوله ان كل ما لا يستباح أكله الا بالذكاة فان الذكاة لا تعمل فيه مع عدم الحياة أصله الامهات

(مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يخرج من الام بعد ذكاتها أو في حال حياتها فان خرج بعد ذكاتها فلا يخلو أن يكون مما ترجى له الحياة لو ترك أو يشك في ذلك أو ييأس منه فان وجدت له حياة باقية ففي المدنية عن مالك لا يؤكل الا بذكاة تخصه وكذلك لو شك في حياته رواه عيسى عن ابن القاسم في المدنية ومعنى ذلك ان هذا في حكم المولود فلا يؤكل الا بذكاة تخصه فان خرج ولم ترج حياته اما لانه قد مات أو لان حياته ضعيفة فانه يستحب ذبحه فان لم يذبح وغفل عنه حتى مات أكل قاله مالك في المدنية والعتبية وقال عيسى بن دينار في المدنية أحب الي في التي ذكيت أن لا يؤكل ما استخرج من بطنها حيا الا بذكاة ونحوه روى ابن المواز عن مالك ووجه الرواية الأولى ان هذا قد كملت ذكاته بذكاة أمه لانه حي بها فكان كعضو من أعضائها ولما كان مما ينفصل عنها بالولادة وينفرد بالحياة استحب مباشرته بالذكاة ووجه الرواية الثانية مراعاة الخلاف في ذلك فقد روى عن عيسى بن سعيد الانصاري لا يحل أكله الا أن يموت قبل خروجه بعد ذكاة أمه وقد روى ابن وهب عن مالك في المبسوط اذا خرج يتحرك استحب ذبحه فان سبقهم بنفسه فأنا أكره أكله فنحا به الى الكراهية وهو الاظهر لما فيه من الخلاف والله أعلم (مسئلة) وأما ان خرج في حال حياة أمه أزلقته فان كان مثله يحيا ويعيش فلا بأس بأكله اذا ذكي رواه أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك انه قد كمل نباته فوجب أن يستباح من الذكاة بما يستباح به غيره الكبير وان كان مثله لا يعيش أو يشك فيه فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم لا يؤكل وان ذكي وقاله في المدنية ابن نافع وابن كنانة ووجه ذلك ان موته بالازلاق وليست بذكاة له ولا لغيره

(فصل) وقوله وذلك اذا تم خلقه ونبت شعره على ما قدمنا من أن ذلك دليل على نفخ الروح فيه وانه مما يصح أن يذكى لان ما لم تكن فيه حياة لا تأثير للذكاة فيه وقوله تم خلقه يعني انه كمل منه ما ظهر انه يكون عليه من الخلقة وأما لو خلق ناقص يد أو رجل وتم خلقه على ذلك لم يمنع ما نقص منه من ذكاته واباحة أكله

(فصل) وقوله فاذا خرج من بطن أمه ذبح حتى يخرج الدم من جوفه وقوله قبل هذا ذكاته ذكاة أمه دليل على انه بذلك تتم ذكاته فيحتمل بعد ذلك أن يكون أمره بذبحه على الاستحباب ليصير له حظ من مباشرة الذكاة على ما تقدم ويحتمل أن يريد بذلك خروج الدم من جوفه على ما تقدم فيخرج منه ما يحتقن فيه لئلا يمنع ذلك من أكله من غير تفصيله وتقطيعه

اذا كان قد تم خلقه ونبت شعره فاذا خرج من بطن أمه ذبح حتى يخرج الدم من جوفه * وحدثني عن مالك عن يزيد بن عبد الله ابن قسيط الليثي عن سعيد ابن المسيب انه كان يقول ذكاة ما في بطن الذبيحة في ذكاة أمه اذا كان قد تم خلقه ونبت شعره

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الصيد)

﴿ ترك أكل ماقتل المعراض والحجر ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع انه قال رميت طائرين بحجر وأنا بالجرف فأصبتهما فأما أحدهما فمات فطرحه عبد الله بن عمر وأما الآخر فذهب عبد الله يذكيه بقدوم فمات قبل أن يذكيه فطرحه عبد الله أيضا ﴾ ش قوله رميت طائرين يحتمل أن يكون خرج متصيدا فرماهما في حال تصيده ويحتمل أن يكون جالسا في مقعده أو متصرفا في بعض شأنه حتى رآهما ممكنين فرماهما فأما الخروج للتصيد فان كان على وجه الالتذاذ به فقد كرهه مالك لانه معنى يلهي عن ذكر الله وعن الصلاة وأما من اتخذه مكسبا أو قرم الى اللحم غنيا كان أو فقيرا فلا بأس به رواه ابن حبيب عن مالك وفي العتبية من رواية حسين بن عاصم عن مالك لا أرى لاحد صيد البر الا لاهل الحاجة الذين عيشهم ذلك ووجه قول مالك أن هذا انما قصد اللحم وتحصيل الصيد وذلك مباح لقوله تعالى ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم وقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين الى قوله مما أمسكن عليكم قال ابن حبيب معناه مما صدن لكم وأما الذي يخرج الى الصيد تلذذا فليس غرضه في الصيد وانما غرضه في الالتذاذ بطلبه والأخذ له خاصة دون الانتفاع بلحمه في أكل أو بيعه بثمن وذلك ممنوع لما قدمناه والله أعلم قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك انه استحب الصيد لمن سكن البادية ويقول هم من أهله ولا غنى بهم عنه وكرهه لاهل الحواضر ورأى خروجهم اليه من السفه والخفة وهذا غير خارج عما قدمناه من قول مالك لان الكلام الأول متوجه الى ما يأخذ الانسان به في نفسه والكلام الثاني في عذر الناس للتصيد مع قوله انه خرج لما أراد احراز الصيد ولم يقصد اللذة فالظاهر ان أهل البادية محتاجون الى ذلك ومعتادون له فلا يغنيهم ذلك وأهل الحواضر ينـدر ذلك فيهم مع قلة انتفاعهم به وحاجتهم اليه بما يجدونه من ادم الحواضر والمجازر فلا يعذرون بما يدّعونه من مقصدهم والله أعلم (مسئلة) وأما صيد الحيتان ففي العتبية من رواية حسين بن عاصم عن ابن القاسم ان صيد البحر والانهار عندي أخف لذوي المروآت والمال من صيد البر وكان رأيته لا يرى به بأسا

(فصل) وقوله رميت طائرين بحجر يحتمل أن يكون رمى الطائرين بحجر واحد وقصد الى اصابتهما به ويحتمل أن يكون رمى كل واحد منهما بحجر غير الحجر الذي رمى به الآخر فيكون معنى قوله رميت طائرين بحجر أي هذا الجنس مما يرمى به ويصاد ويحتمل أن يكون رمى به أحدهما فأصابه ثم أخذ ذلك الحجر فرمى به الطير الثاني فأصابه وفي هذا أربعة أبواب * أحدها في صفة السلاح الذي يرمى به أو يضرب به * والباب الثاني في صفة الرمي أو الضرب * والباب الثالث في صفة المرمى أو المضروب والباب الرابع في منتهى فعل الرمية والضربة

﴿ الباب الاول في صفة الآلة ﴾

ما يصاد به من السلاح على ضربين أحدهما ماله حد كالرمح والسهم والسيف والسكين مماله حد تجوز به الذكاة والثاني ما لا حد له كالمعراض والبندقة والحجر الذي لا حد له وغير ذلك مما لا حد له لا تجوز به الذكاة فيحتمل أن يكون الحجر الذي رمى به نافع مما له حد ويحتمل أن يكون مما لا حد له وهو الأظهر لما فعله عبد الله بن عمر من طرحه الطائرين حين لم يدرك ذكاتهما ولو كان الحجر مما له

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الصيد ﴾

﴿ ترك ماقتل المعراض والحجر ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن نافع انه قال رميت طائرين بحجر وأنا بالجرف فأصبتهما فأما أحدهما فمات فطرحه عبد الله بن عمر وأما الآخر فذهب عبد الله يذكيه بقدوم فمات قبل أن يذكيه فطرحه عبد الله أيضا

حد وأصاب بحده وجرح لكانت تلك ذكاة تبيح أكل الطائر وان لم تدرك ذكاتهما وقد رواه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم فى رامى الصيد بالحجر الذى مثله يذبح فقطع رأس الصيد وهو ينوى اصطياده قال لا يعجبنى أكله اذ لعل الحجر قطع رأس الصيد بعرضه وهذا يحتمل أن يكون فيما شك فيه من أمره فليس له أكله لانه لا يتيقن ذكاته ولو كان علم انه أصابه بحده لجاز له أكله

﴿ الباب الثانى فى صفة الرمى أو الضرب ﴾

وذلك عند مالك نوع من الذكاة فيجوز أن تكون الذكاة ممن تجوز ذكاته وعلى صفة تصح بها الذكاة فيحتاج أن ينوى الرامى أو الضارب الاصطياد وفى المدونة عن مالك فيمن رمى صيدا بسكين فقطع رأسه وقد نوى اصطياده فلا بأس بأكله وان كان لم ينو اصطياده برميته فلا يأكله ووجه ذلك ان ما اعتبر فيه صفة الفاعل فانه يعتبر فيه نيته كالذبح والوضوء والصلاة وغيرها من العبادات وكذلك لو رمى صيدا فأصاب غيره لم يجز له أكله ولو أصابه وأصاب غيره بعده أكله دون الذى أصاب بعده لمعنى النية فى ذلك والله أعلم

﴿ الباب الثالث فى صفة المرمى أو المضروب ﴾

وهذا يراعى فيه صفتان احداهما أن يكون التوحش والثانى أن يكون من الامتناع بصفة ما لا يتمكن من ذكاته فأما الصفة الأولى فالأصل فى ذلك قول الله تعالى ليبلونكم الله بشئ من الصيد الآية فعلى أى وجه نالته رماحنا يجب أن يحل لنا الا ما خصه الدليل وسواء كان متوحشا على أصله أو تأنس ثم استوحش بعد ذلك والوجه فيه ما قدمناه والدليل على ذلك أن هذا مستوحش الجنس ممتنع فجاز أن يذكى بالرمى كالذى لم يتأنس قط (مسئلة) وأما الصفة الثانية وهى الامتناع من الذكاة المعهودة فيه فهى العلة فى اباحة ما ذكر قال فى الصيد ولم تمكن منه باثخان الجراح له أو بحبالة أو غيرها لم تجز ذكاته الا بما يذكى به الانسى لأن علة الامتناع قد عدمت وهاتان الصفتان مؤثرتان فى العمل لا فى النية لأن العمل ينفرد بها دون النية

﴿ الباب الرابع فى منتهى فعل الرمية والضربة ﴾

الرمية أو الضربة لا تخلو أن تنفذ المقاتل أو لا تنفذها فان أنفذتها فقد كملت فيها الذكاة وهو على ضربين أحدهما أن يبين بها من الحيوان جزء والثانى أن لا يبين بها شئ فان بان بها منه جزء فان كان انما قطع الصيد بنصفين فانه يؤكل جميعه زاد النصف الذى مع الرأس أو نقص وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة ان قطع الثلث مما يلى الرأس أكلا جميعا وان قطع الثلث مما يلى الفخذ أكل الثلثان اللذان يليان الرأس ولم يؤكل الثلث الباقى قال القاضى أبو الحسن وهذا ينبغى أن يفصل فاذا قطع الرأس أكل الجميع لأنه مقتول لا محالة فان كان الذى قطع منه سوى الرأس يتوهم أن يعيش منه بعد قطعه فان الذى بان منه لا يؤكل ويؤكل الباقى مثل أن تقطع يدا أو رجلا فان اليد أو الرجل لا تؤكل لأنه يتوهم عيش الحيوان بعدها ويؤكل الباقى سواء مات من العقر الاول أو غيره وقال الشافعى ان ماتت من العقر الاول أكل جميعه وما بان منه وان كان لم يمت حتى رماه رمية أخرى فانه يؤكل الحيوان كله ولا يؤكل ما بان منه من يد أو رجل هذا الذى حكاه القاضى أبو الحسن فى هذه المسئلة هو القياس غير أنه قد روى ابن المواز عن ربيعة ومالك فيمن رمى صيدا فأبان وركيه مع فخذيه فانه لا يؤكل ما بان منه ويؤكل باقيه وهذا مما لا يتوهم أن يعيش بعده وقد روى عيسى عن ابن القاسم أنه اذا ضربه بفخذ لو وركيه أنه يؤكل جميعه ولو أبان فخذيه ولم تصل الى الجوف

فلا يؤكل ما أبان منه ويؤكل ما بقي قال ابن حبيب ومعنى ذلك أنك اذا ضربته على العجز فصار عجزه في حيز الاسفل وقد قطعت من جوفه فكأنك قطعت وسطه فعلى قول ابن القاسم وتفسير ابن حبيب انما يراعى أن يكون في معنى القطع بنصفين وذلك بأن يصل القطع الى شئ من الجوف وعلى جواب ابن المواز يراعى أن يكون الاكثر في حيز الاسفل وعلى تعليل القاضي أبي الحسن أن يقطع منه ما لا تتوهم حياته دونه فكأنه قد أنفذ مقاتله وبضربته تلك فكانت ذكاة لجميعه (مسئلة) اذا ثبت أنه لا تؤكل اليد البائنة وما أشبهها من الاعضاء التي يصح بقاء الحيوان دونها فان معنى ذلك أن يبين المقطوع منه أو يكون في حكم البائن وقد قال ابن حبيب ان ما يتعلق بالجلد أو بيسير من اللحم فلا يؤكل وان كان مما يجرى فيه الروح على هيئته فانه يؤكل ونحوه قال ابن المواز غير أنه لم يذكر يسير اللحم ووجه ذلك أنه اذا تعلق به تعلقا يحيا بحياته ويسرى اليه منه فانه من جملة الجسد يذكى بذكاته واذا لم يتعلق الا بالجلد والشئ اليسير الذي لا تسرى اليه به الحياة فانه لا يذكى بذكاته كالمنفصل (مسئلة) وأما اذا أنفذ المقاتل ولم يبق منه جزء فانه يستحب له أن يذكيه فان لم يفعل جاز أكله لكمال الذكاة فيه بما يذكى به مثله من محدد السلاح وأما اذا لم ينفذ مقاتله فسيأتي بيانه بعد هذا ان شاء الله

(فصل) وقوله أما أحدهما فات فطرحه يريد أنه مات بنفس الضربة أو قبل ادراكه فهذا قد فاتت فيه الذكاة على ما ذكرناه من انه أصابه بحجر لا حد له أو بحجر له حد فلم يثبت له انه أصابه بحده وكذلك لو أصابه بحد الحجر فلم يجرحه فات قبل أن يذكى فانه لا يؤكل وقد قاله مالك وأصحابه في الذي يضرب الصيد بالسيف فيقتله ولا يجرحه وقال أشهب يؤكل وسواء علم على هذا ان هذا فات بالموت أو نفذت مقاتله لان الذكاة فاتت فيه

(فصل) وقوله وأما الآخر فذهب عبد الله يذكيه بقدوم فات قبل أن يذكيه فطرحه لا يخلو أن يكون فاتت ذكاته لتأخير ذلك مع التمكن من تعجيلها أو يكون فات لانه لم يكن يتمكن من الذكاة فيه لسرعة موته فان فات للتأخير وكان ضربه بعرض حجر على ما قدمناه فانفذ مقاتله أو لم ينفذها فلا يجوز أكله لانه موقوذة ولو ضربه بحد الحجر فلم ينفذ مقاتله وفات للتأخير مع التمكن من تعجيل الذكاة فيه لم يجز أكله لانه كان مقدورا على ذكاته فلا يستباح أكله بغير ذكاته كالانسى ولو مات قبل التمكن من ذكاته من غير تفريط ولا تأخير لجاز أكله لانه غير مقدور عليه ولو ضربه فانفذ مقاتله لاستحب له أن يذكيه وان لم يفعل جاز أكله لكمال الذكاة فيه بما يذكى به مثله من محدد السلاح والأصل في ذلك قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشئ من الصيد الى قوله تعالى فله عذاب أليم * قال الامام أبو الوليد رحمه الله فالظاهر عندي من الآية ان ما تناله أيدينا هو المقدور عليه وانما يذكى بما يذكى به المقدور عليه المتمكن من ذكاته والذي تناله رماحنا هو غير المقدور عليه فذكاته من السلاح بالرماح وما أشبهها وسيأتي بعد هذا شئ من ذكر الآية في باب ما قتل بالمعراض فعلى هذا يحتمل أن يتأول فعل عبد الله بن عمر في أمر الطائرين والله أعلم ص * مالك انه بلغه ان القاسم بن محمد كان يكره ما قتل المعراض والبندقة * ش قوله كان يكره ما قتل المعراض يريد بعرضه والله أعلم لانه وقيذ والأصل في ذلك قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الى قوله تعالى والموقوذة والمتردية والموقوذة هي المضروبة بما لا حد له وقد بين ذلك بما روى عن عدى بن حاتم ثم قال سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن صيد المعراض فقال ما أصاب بحده فكله وما أصاب بعرضه فهو الوقيذ فالمعراض عصا

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد كان يكره ما قتل المعراض والبندقة

في طرفها حديدة يرمي الصائد بها الصيد فما أصاب بحده فهو وجه ذكاته فانه يؤكل وما أصاب بعرضه فانه وقيذ فلا يؤكل الا أن تدرك ذكاته لما قدمناه في صفة ما يرمى به من انه يجب أن يكون محددا

(فصل) وقوله والبندقة يحتمل أن يريد به ما اجتمع في قتله المعراض والبندقة مثل أن يرمي بهما جميعا في وقت واحد فيعلم انه من الضربتين مات أو لا يعلم من أيهما مات فهذا لا يؤكل سواء أصابه المعراض بعرضه أو بحده لانه قد أعانت في ذكاته آلة لا يذكى بمثلها كما لو اشترك في قتل الصيد الكلب والحبالة أو كلبان أحدهما لم يرسل ويحتمل أن يريد بذلك أن ينفرد المعراض بالقتل أو تنفرد البندقة بالقتل فعلى هذا لا يؤكل ما انفردت البندقة بقتله وينظر الى ما قتله المعراض فما قتله بحده أكل وما قتل بعرضه لم يؤكل ص ﴿ مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب كان يكره أن تقتل الانسية بما يقتل به الصيد من الرمي وأشباهه ﴾ ش قوله كان يكره أن تقتل الانسية بما يقتل به الصيد لا يخلو من أحد حالين أحدهما حال امكانها والثاني حال امتناعها فاما في حال امكانها فلا خلاف في ذلك وأما في حال امتناعها بالتوحش فقد قال مالك وأصحابه انه لا يجوز ذلك فيها وانما يجوز أن يحبس بالرمي والطعن والضرب وغير ذلك من العرقبة وغيرها ما لم تنفذ بشئ ومن ذلك المقاتل وقال أبو حنيفة يجوز وحكمها حكم الصيد والدليل على ما نقوله ان هذا حكم ثبت لبهيمة الأنعام فلم يخرج عنه بالتوحش أصل ذلك وجوب الذكاة فيها واجزاؤه لها في الضحايا والهدايا (مسئلة) وأما ما يتأنس من الوحش ثم استوحش فانه يرجع الى أصله فيحل أكله بالصيد قاله مالك وحكاه عنه ابن حبيب في الحمام واليعاقيب وجميع الطير الذي أصله التوحش ص ﴿ قال مالك ولا أرى بأسا بما أصاب المعراض اذا خسق وبلغ المقاتل أن يؤكل ﴾ ش ومعنى ذلك أن يكون بحده وطرفه المحدد كطرف العصا وكذلك قال ابن القاسم في المدونة فيمن رمى صيدا بعود أو عصا فخزق فانه يؤكل لانه نفذ بطرفه كطرف الرمح * قال الامام أبو الوليد وهذا انما يصح عندي فيما يكون محدد الطرف فأما ما لم يكن محدد الطرف فانما خزقه هشم ورض وقد أشار الى هذا ابن حبيب وقال مالك في المدونة فيمن رمى بحجر أو بندقة فخزق أو بضع وبلغ المقاتل انه لا يؤكل وليس ذلك بخزق وانما هو رض وقد روى عدي بن حاتم قال سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن صيد المعراض فقال ما أصاب بحده فخزق فكله وما أصاب بعرضه فهو وقيذ فلا تأكله ص ﴿ قال مالك قال الله عز وجل يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم قال فكل شئ ناله الانسان بيده أو برمحه أو بشئ من سلاحه فأنفذه وبلغ مقاتله فهو صيد كما قال الله تبارك وتعالى ﴾ ش قوله ليبلونكم الله بشئ من الصيد الآية يدل على اختصاص هذا الحكم بالمؤمنين من هذه الآية لانه لم يخاطب بها سواهم ولا أضيف الا الى أيديهم ورماحهم

(فصل) قوله بشئ من الصيد يدل على اباحته في الجملة واطلاقه وهو على ثلاثة اضرب ضرب يفعله المتصيد على وجه الحاجة اليه للتكسب والاستغناء به وضرب يفعله على وجه الحاجة الى أكل لحمه مثل الغني عنه وضرب يفعله على وجه اللهو والراحة فأما ما يفعل على وجه الحاجة للتكسب أو لأكل لحمه فلا خلاف في اباحته دون كراهية فيه رواه ابن حبيب عن مالك وأما الصيد للهو فكرهه مالك ونهى عنه ورآه سفها ولم يجز قصر الصلاة فيه رواه عنه ابن المواز وابن حبيب ص ﴿ مالك انه سمع أهل العلم يقولون اذا أصاب الرجل الصيد فأعانه عليه غيره من ماء أو كلب غير معلم لم يؤكل ذلك الصيد الا أن يكون سهم الرامي قد قتله أو بلغ مقاتل الصيد حتى لا يشك أحد في انه هو قتله وانه

* وحدثني عن مالك أنه بلغه ان سعيد بن المسيب كان يكره ان تقتل الانسية بما يقتل به الصيد من الرمي وأشباهه * قال مالك ولا أرى بأسا بما أصاب المعراض اذا خسق وبلغ المقاتل أن يؤكل قال الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم قال فكل شئ ناله الانسان بيده أو رمحه أو بشئ من سلاحه فأنفذه وبلغ مقاتله فهو صيد كما قال الله تعالى * وحدثني عن مالك انه سمع أهل العلم يقولون اذا أصاب الرجل الصيد فاعانه عليه غيره من ماء أو كلب غير معلم لم يؤكل ذلك الصيد الا أن يكون سهم الرامي قد قتله أو بلغ مقاتل الصيد حتى لا يشك أحد في انه هو قتله وأنه

لا يكون للصيد حياة بعده ﴾ ش وهذا كما قال انه اذا أعان الصائد على صيده غيره مما ليس كآلة للصيد فلم يدر انه مات من فعل الصائد أو من فعل المعين لم يجز أكل ذلك الصيد وقال ابن حبيب نحوه ووجه ذلك ان الصيد يحتاج الى نية كالذكاة وتراعى فيه صفة الفاعل والآلة كالذكاة فاذا رمى الرامي صيدا على شاهق فتردى فوجده ميتا فان كان سهمه قد أنفذ مقاتله قبل ترديه فقد تمت ذكاته فلا يحرمه ترديه بعد ذلك وان كان لم ينفذ مقاتله برميته لم يجز أكله لانه لا يدرى أمن رميته مات أو من ترديه قاله مالك (مسئلة) ولو رماه بسهم فسقط فى ماء فعلى حسب ذلك ان تيقن انفاذ السهم مقاتله برميته فهو جائز وان شك فى ذلك لم يجز أكله لعل انما قتله الماء وليس بآلة الصيد روى ذلك ابن المواز عن مالك والأصل فى ذلك ما رواه عدى بن حاتم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا وقعت رميتك فى ماء فغرق فلا تأكل معنى ذلك والله أعلم أن تكون وقعت فى الماء ولم تنفذ الرمية مقاتلها ولذلك اعتبر الغرق لان الغرق ههنا بمعنى الموت ولو أنفذ السهم مقاتله لم يراع الموت والله أعلم وكذا لو أعان كلبه على الصيد كلبا آخر لم يرسله (مسئلة) ومن رمى صيدا بسهم مسموم فقد قال مالك فى العتبية والموازية لا يؤكل لعل السم أعان على قتله وأخاف على من أكله * قال الامام أبو الوليد وهذا عندى اذا لم ينفذ مقاتله السهم فان أنفذ مقاتله فقد ذهبت علة واحدة وهو خوفه أن يعين على قتله السهم وبقيت علة ثانية وهى مخافته على آكله فلا يجوز حينئذ أن يأكله أنفذ السهم مقاتله أو لم ينفذها فان كان من السموم التى تؤمن ولا يتقى على أكل الصيد منها شئ كالبقلة فقد ارتفعت العلتان وجاز أكله على رواية ابن القاسم وفيه نظر على أصل ابن نافع مراعاته أن ينفذ السهم المقاتل قبل أن يسقط فى الماء وان سقط فى الماء ثم أنفذت فيه مقاتله لم يجز عنده أكله فعلى هذا يتحرر الكلام فى المسئلتين ص ﴿قال وسمعت مالكا يقول ولا بأس بأكل الصيد وان غاب عنك مصرعه اذا وجدت به أثرا من كلبك أو كان به سهمك ما لم يبت فاذا بات فانه يكره أكله﴾ ش قوله لا بأس بأكل الصيد وان غاب عنك مصرعه وهذا يحتاج الى تقسيم وتفصيل وذلك ان الكلب أو السهم اذا أنفذ مقاتل الصيد بمشاهدة الصائد ثم تحامل الصيد وغاب عنه فقد كملت ذكاته فلا يؤثر فى ذلك مغيبه عنه ولا مبيته * قال القاضى أبو الحسن وهذا الذى أراد مالك رحمه الله (مسئلة) وان لم ينفذ السهم ولا الكلب مقاتله حتى غاب عنه ثم وجده ميتا فقد قال القاضى أبو الحسن اذا كان مجدا فى الطلب حتى وجده على هذه الحالة فانه يجوز أكله وان تشاغل عنه ثم وجده ميتا فانه لا يجوز أكله وحكى نحوه ابن حبيب عن أصبغ وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم اذا توارى الصيد مع الكلب فوجده قد قتله ان لم ير بالقرب صيدا يشككه ان الذى قتل غير الذى أرسل عليه فانه حلال وان شك فلا يؤكل ومعنى ذلك أن لا يميز الصيد الذى أرسل عليه ويكون بالموضع من الصيد ما يشك به فى قتل الذى أرسل عليه وهذا شك فى عين الصيد وما ذكرناه أولا شك فى صفة قتله وقال بعض الشافعية اذا زال عن عينه وهو فى غير حكم المذبوح فلا يجوز أكله والدليل على ما نقوله ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا أرسلت كلبك المعلم فذكرت الله عز وجل وقتل فكل

(فصل) وقوله اذا وجدت فيه أثرا من كلبك أو كان به سهمك يريد ان الظاهر اذا كان به أثر كلبه أو وجد فيه سهمه انه الصيد الذى أرسل عليه ما لم يدخل عليه شك من وجود صيد يقرب به يشك به ان الذى فيه أثر كلبه أو سهمه غير الذى أرسل عليه فلا يأكله حينئذ على ما تقدم

لا يكون للصيد حياة بعده

*قال وسمعت مالكا يقول لا بأس بأكل الصيد وان غاب عنك مصرعه اذا وجدت به أثرا من كلبك أو كان به سهمك ما لم يبت فاذا بات فانه يكره أكله

(فصل) وقوله مالم يبت عنه فاذا بات عنه كره أكله ولا يخلو أن يكون اصطاده بجارح أو سهم فان كان بالجارح فبات الصيد عنه وقتلته الجوارح بعد أن غاب فالمشهور من مذهب مالك انه لا يؤكل وبه قال الشافعي وحكى القاضي أبو محمد عن مالك فى الصيد بالكلب انه يؤكل وان بات عنه سواء كان صاحبه يطلبه أو لا يطلبه وقال أبو حنيفة ان كان صاحبه لم ينقطع حل أكله وان كان قد تشاغل عنه لم يحل أكله وجه الامتناع من أكله ماذكره أصحابنا ان للحيوان انتشارا بالليل فاذا بات عنه جوز أن يكون ما ينتشر من السباع وغيرها بالليل قتله دون كلبه فلا يجوز أكله وان كان يجوز مثل هذا بالنهار اذا غاب عنه أكثر النهار الا انه يندر بالنهار ويكثر بالليل فالحكم للغالب دون النادر ووجه الرواية الثانية ان مغيب الصيد عن الصائد لا يمنع اباحته أصله مغيبه بالنهار (مسئلة) وأما ان صاد بسهمه فبات عنه فالذى روى ابن القاسم عن مالك لا يؤكل صاد بكلب أو سهم أو غير ذلك وقال أصبغ ان بات عنه فوجد فيه أثر سهمه وقد أنفذت مقاتله فليأكله وأما أثر البازى والكلب فلا يأكل وان كان مقتلا وقد تقدم وجه الرواية الاولى وأما الرواية الثانية فوجهها ما أخرجه البخارى من حديث عمر بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وان رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس فيه الا أثر سهمك فكل فان وقع فى الماء فلا تأكل ومن جهة المعنى ماقاله القاضي أبو محمد ان الفرق بين أثر السهم والجارح ان السهم يوجد فى موضعه فاذا لم يوجد فيه أثر غيره علم أنه مات منه وأما الجوارح فان آثارها كآثار غيرها من السباع لا تتميز منها فصار فى هذه المسئلة ثلاث روايات رواية القاضي أبى الحسن أنه يؤكل مافات سواء صيد بسهم أو كلب ورواية ابن القاسم لا يؤكل مابات سواء صيد بسهم أو كلب وقول أصبغ يؤكل مابات مما صيد بسهم ولا يؤكل من ذلك ماصيد بجارح والله أعلم

﴿ ماجاء فى صيد المعلمات ﴾

﴿ ماجاء فى صيد المعلمات ﴾ * حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول فى الكلب المعلم كل ما أمسك عليك ان قتل وان لم يقتل * وحدثنى عن مالك أنه سمع نافعا يقول قال عبد الله بن عمر وان أكل وان لم يأكل

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول فى الكلب المعلم كل ما أمسك عليك ان قتل وان لم يقتل * مالك أنه سمع نافعا يقول قال عبد الله بن عمر وان أكل وان لم يأكل ﴾ ش قوله فى الكلب المعلم كل ما أمسك عليك يريد المعلم للصيد والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين الى قوله واذكروا اسم الله عليه ومارووى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لعدى بن حاتم اذا أرسلت الكلاب المعلمة وذكرت اسم الله فكل ما أمسكن عليك وفى هذا ثلاثة أبواب * أحدها فى صفة الجارح الذى يصح الاصطياد به * والباب الثانى فى صفة المعلم منه * والباب الثالث فى معنى الامساك على الصائد

﴿ الباب الاول فى صفة الجارح ﴾

فأما صفة الجارح الذى يصح أن يصاد به فهو كل جارح يمكن أن يفهم التعليم من ذوات الاربع كالكلب والفهد والنمر ومن الطير كالبازى والصقر والباشق والشاهين والشذانيق والعقاب وغير ذلك وعلى هذا عامة الفقهاء وقاله مالك وأبو حنيفة والشافعى وهو مذهب ابن عباس وروى عن عبد الله بن عمر أنهما قالا لا يحل الا صيد الكلب وأما صيد سائر الجوارح من الطير وغيرها فلا يحل صيدها وقال الحسن البصرى يجوز صيد كل شئ الا صيد الكلب الاسود البهيم وبه قال النخعى وابن حبان وابن راهويه والدليل على ما نقوله قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين

وهذا عام في كل جارح من الكلاب وغيرها لأن معنى مكلبين مسلطين وأضافه الى الصائد ليعلم أن ذلك من فعله وهو التعليم والتسليط قاله ابن حبيب وقال الفضل بن مسلمة التكليب تعليم الكلاب الصيد ودليلنا من جهة القياس أن هذا من الجوارح المعلمة فجاز الاصطياد به كالكلب

﴿ الباب الثاني في صفة الكلب المعلم ﴾

أما صفة الكلب المعلم فهو أن يفهم الزجر والاشلاء وليس من شرطه أن لا يأكل عند مالك وأصحابه وهو شرط في تعلمه عند أبي حنيفة والشافعي وبالقول الاول قال سلمان الفارسي وسعد بن أبي وقاص وعلي بن أبي طالب وابن عمر وأبو هريرة وقد استدل شيوخنا في ذلك بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم قالوا فما بقي بعد الاكل فهو مما أمسكن علينا ودليلنا من جهة القياس أن قتل الجارح ذكاة يفسد الصيد بها فلا يفسد بأكله منه أصل ذلك اذا ذبح وتعلق من منع ذلك بما روى عن الشعبي عن عدي بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل وان قتل فان أكل فلا تأكل فانما أمسك على نفسه وهذا الحديث صحيح فالاخذ به واجب غير أنه عام فنحمله على الذي أدرك ميتا من الجري أو الصدم فأكل منه فانه قد صار على صفة لا يتعلق بها الارسال ولا الامساك علينا يبين هذا التأويل أنه قد قال صلى الله عليه وسلم ما أمسك عليك فكل فان أخذ الكلب ذكاة والحديث وان كان أخذه المعتاد ذكاة ومعنى الذكاة أن تبيح أكل المذكى فلا يفسده ما وجد بعد ذلك من أكل وغيره كالو ذبحه الصائد ثم أكل منه الكلب ويحتمل أن يريد بقوله صلى الله عليه وسلم فان أكل فلا تأكل إلا أن يوجد منه غير مجرد الاكل دون ارسال الصائد له ويكون قوله فان أكل فلا تأكل مقطوعا عما قبله والله أعلم وانما ذكرنا الحديث ووجه تأويله لانكار من أنكر على مالك مخالفته ابن عمر فبينا أن مالكا لم يخالفه وانما تأوله على وجه سائغ وقياس جلي

﴿ الباب الثالث في معنى الامساك ﴾

أما معنى الامساك علينا فقد قال القاضي أبو الحسن ان معناه أن يمسك بارسالنا وهو على أصولنا بين لأن الكلب لا نية له ولا يصح منه ميز هذا وانما يتصيد بالتعليم واذا كان الاعتبار علينا بأن يمسك عليه أو على نفسه وكان الحكم يختلف بذلك وجب أن يتميز ذلك بنية من له نية وهو مرسله فاذا أرسله فقد أمسك عليه واذا لم يرسله فلم يمسك عليه وقال أبو حنيفة معنى قوله تعالى مما أمسكن عليكم مما صدن لكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الكلب اذا لم يرسله الصائد وصاد بارساله فلا يؤكل ما قتل والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل وفيه فان وجدت مع كلابك أو كلبك كلبا غيره فخشيت أن يكون أخذه معه وقد قتله فلا تأكل فانما ذكرت اسم الله على كلبك ولم تذكره على غيره (مسئلة) واذا انشلى الكلب بنفسه على الصيد ثم أعانه الصائد بالاشلاء فقد قال مالك في المدونة لا يؤكل وهو قول الشافعي قال القاضي أبو الحسن وقد روى عن مالك أنه يؤكل وبه قال أبو حنيفة وجه القول الاول أن الاعتبار بأول انبعاثه يدل على ذلك أنه لو أرسل مسلم كلبا على صيد فانبعث بذلك فأغراه مجوسي لم يمنع ذلك من أكله ولو أرسله مجوسي ثم أغراه مسلم ما أكل صيده قال القاضي أبو الحسن ووجه القول الثاني أن باشلائه تمادى على الصيد فوجب أن يطرح ما كان من جريه قبل ذلك فلا يعتبر به لأنه لم يكن على قصد قاصد أرسله (مسئلة) فان أرسله على صيد فصاد غيره فقتله لم يؤكل وقال أبو حنيفة

والشافعي يؤكل والدليل على ما نقوله أن هذا صيد لم يرسل عليه فلم يحل أكله أصله اذا انبعث من غير ارسال (مسئلة) اذا ثبت أن الصيد يحتاج أن يعتبر بالنية فانه يجوز أن يعتبر ذلك في جماعة يراها الصائد أو يرى بعضها أولا يرى شيئا منها وتحصر بموضع لا تختلط بغيرها في الاغلب كالغار فيه الصيد يرسل جارحه وينوي جميع ما فيه هذا هو المشهور عن مذهب مالك وأصحابه وقال أشهب لا يصح ارساله الاعلى ما يراه حين الارسال وأما ما لا يراه اذا كان الموضع مما لا ينحصر ولا يمتنع من دخول غيره من الصيد اليه كالغيضة والجوبة من الارض فقد جوز الارسال على ما فيها أصبغ ومنع منه ابن القاسم وأشهب ويتخرج القولان من قول مالك وهذه المسئلة على ثلاثة أضرب وأقوال أصحابنا فيها على ثلاثة مذاهب * فذهب ابن القاسم أنه يجوز الارسال على ما لا يراه اذا أمن من امتزاج غيره به كالغار ولا يجوز اذا لم يأمن من ذلك كالغياض * ومذهب أصبغ يجوز الارسال على ما في جهة معينة سواء كانت مما يصل اليها صيد غير ما فيها كالغياض أو مما لا يصل اليه كالغار * ومذهب أشهب انه لا يجوز أن يرسل الا على ما يراه وأما الارسال على غير تعيين مثل أن يرسله على كل صيد يقوم بين يديه فلا خلاف في المذهب ان ذلك لا يجوز لعدم التعيين كما لو أرسله ونوى كل صيد في العالم أو لم ينو شيأ

(فصل) وقوله وان قتل وان لم يقتل يريد وان قتل فانه يؤكل لان قتله على ما تقدم ذكاة اذا أخذه الأخذ المعتاد فجرحه فمات من جرحه من غير تفريط من صاحبه أو أنفذ مقاتله * وأما ان قتله بالصدم أو الضغط فقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة لا يؤكل وبه قال أبو حنيفة * وروى محمد عن أشهب يؤكل وبه قال ابن وهب والشافعي في أحد قوليه * وجه قول مالك قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الى قوله الا ما ذكيتم وهذه نطيحة لم تذك فلا يجوز أكلها ومن جهة المعنى ان هذه آلة الصيد فاذا قتلت من غير جرح لم تؤكل أصل ذلك السهم والمعراض * ووجه قول أشهب حديث عدي بن حاتم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل وان قتل ولم يفرق بين ان يجرح أولا يجرح * ومن جهة القياس ان هذا صيد مات بفعل الجارح فجاز أكله أصل ذلك اذا جرحه * فاما اذا مات من غير أن يدركه فقد قال ابن المواز ان قول مالك وأصحابه انه لا يؤكل ولا نعلم في ذلك خلافا في المذهب

(فصل) وان لم يقتل معنى ذلك ان لم يقتل فأدركت ذكاته فذكيته لان ذكاة المقدور عليه هي الذكاة المعهودة وأما اذا لم يقدر على ذكاته حتى قتله الكلب سواء أدركه أو لم يدركه فانه يجوز أكله لان قتله على هذا الوجه ذكاته

(فصل) وقوله وان أكل وان لم يأكل هو مذهب عبد الله بن عمر وذلك ان أكل الكلب من الصيد انما هو بعد قتله وقد أجمع الفقهاء على ان قتله ذكاة قال مالك وأصحابه فلا يضر ما طرأ بعد ذلك من قتله كما لا يضر الذبيحة ما طرأ عليها بعد تمام ذكاتها ص ﴿ مالك أنه بلغه عن سعد بن أبي وقاص انه سئل عن الكلب المعلم اذا قتل الصيد فقال سعد كل وان لم تبق الا بضعة واحدة ﴾ ش ظاهر السؤال عن الكلب المعلم يقتل الصيد هل يبيح ذلك أكله أولا يبيحه فأجابه سعد بقوله كل وان لم يبق الا بضعة وليس في السؤال ذكر الأكل غير أن معناه ان يقتله الصيد على الوجه المخصوص فقد كملت ذكاته فلا يضرك بعد ذلك ما حدث على الصيد فكل ما وجدت منه وان لم يبق منه الا بضعة واحدة بأكل الكلب أو غيره لان ذكاته قد كملت ص ﴿ مالك انه سمع بعض أهل العلم يقولون

* وحدثني عن مالك أنه بلغه عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن الكلب المعلم اذا قتل الصيد فقال سعد كل وان لم تبق الا بضعة واحدة * وحدثني عن مالك انه سمع بعض أهل العلم يقولون

في البازي والعقاب والصقر وما أشبه ذلك انه اذا كان معلما يفقه كما تفقه الكلاب المعلمة فلا بأس بأكل ماقتلت مما صادت اذا ذكر اسم الله على ارسالها ﴾ ش قوله في البازي والعقاب والصقر اذا كان معلما يفقه كما تفقه الكلاب المعلمة يؤكل ماقتلت وقد تقدم ان جميع الجوارح التي تفهم التعليم يؤكل ماقتلت * وقد قال ابن حبيب تعليم الكلب ان تدعوه فيجيب وتشليه فيشلي وتزجره فيزدجر وكذلك الفهود وأما البزاة والصقر والعقبان فان تجيب اذا دعيت وتنشلي اذا أشليت ولا تزدجر اذا زجرت لان ذلك لا يمكن فيها قاله ربيعة وابن الماجشون * وكان ابن القاسم يقول في البزاة انها كالكلاب تجيب عند النداء وتفقه الزجر وأما مالا يفقه الزجر من سائر الحيوان فلا يجوز أكل ماقتل من الصيد الا أن تدرك ذكاته * روى ذلك ابن حبيب عن مالك في النمر * وروى عيسى عن ابن القاسم في المدنية ان كان لا يفقه فلا يؤكل صيده * قال الشيخ أبو اسحق وماجرى مجرى ماذكر مما صاد به فهو جارح وان كان سنورا أو ابن عرس * وجه ذلك أن جنس مايفقه التعليم اذا كان منه غير معلم لا يجوز أكل ماقتل فبان لا يجوز أكل ماقتل النمر الذي جنسه لا يفقه التعليم أولى

(فصل) وقوله لا بأس بأكل ماقتلت مما صادت يريد ماتناولته على وجه الاصطياد ممن يصاد بها اذا أشليت من غير أن يرسلها لو أرسلها فلم يقتل على وجه الاصطياد وذلك أنها لم تتبع الصيد بالاشلاء بل رجعت عنه واشتغلت بغيره أو قتلته صدما أو نطحا على مذهب ابن القاسم فان هذا ليس وجه الاصطياد المعتاد

(فصل) وقوله اذا ذكر اسم الله تعالى على ارسالها ظاهر هذا اللفظ يقتضي ان التسمية شرط في صحة الاصطياد كما هي شرط في صحة الذكاة * وقد قال ابن القاسم في المدونة من ترك التسمية في الصيد عامدا لم يؤكل صيده * ويجري في التسمية في الصيد من الخلاف ماتقدم في الذبيحة وقد تقدم هنالك من الكلام مايغني عن اعادته * ومما يختص بهذا الباب قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه فأمر بذكر الله تعالى على التصيد والأمر يقتضي الوجوب * ومن جهة السنة ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعدي بن حاتم اذا سميت فكل والا فلا تأكل وكذلك ارسال السهم والرمي بالرمح والضرب بالسيف يلزم فيه من التسمية مايلزم في ارسال الجارح لان الذكاة انتقلت منه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان التسمية تلزم حين ارسال الكلب على ماقاله في موطئه في قوله اذا ذكر اسم الله تعالى عند ارسالها * ووجه ذلك انه ربما قتل فيكون ذلك ذكاته فان قدر على الصيد بعد ذلك ولزمته ذكاته كان عليه أن يسمي عند ذكاته أيضا ولم أر في ذلك نصا غير أن ارسال الكلب هو ابتداء ذكاة ماقتل لانه قد تغيب حين القتل ولا يعلم به فلا تمكن التسمية حينئذ فشرعت التسمية حين الارسال فان لم يقتل انتقلت ذكاته الى الذكاة المعهودة فلزمت اعادة التسمية وأيضا فان التسمية لزمت عند ارسال الجارح لانه فعل الصائد * ومابعد ذلك فانما هو فعل الكلب وحينئذ يلزم الصائد أن ينوي دون وقت قتل الكلب فاذا أخذ ولم يقتل فقد تعين عليه فعل آخر وهو الذكاة ونية أخرى فلزمت اعادة التسمية كما لزم تجديد النية والله أعلم ص ﴿ قال مالك وأحسن ماسمعت في الذي يتخلص الصيد من مخالب البازي أو من في الكلب ثم يتربص به فيموت انه لا يحل أكله * قال مالك وكذلك كل ماقدر على ذبحه وهو في مخالب البازي أو في الكلب فيتركه صاحبه وهو قادر على ذبحه حتى يقتله البازي أو الكلب فانه لا يحل أكله * قال مالك وكذلك الذي

في البازي والعقاب والصقر وما أشبه ذلك اذا كان يفقه كما تفقه الكلاب المعلمة فلا بأس بأكل ما قتلت مما صادت اذا ذكر اسم الله على ارسالها * قال مالك وأحسن ماسمعت في الذي يتخلص الصيد من مخالب البازي أو من الكلب ثم يتربص به فيموت أنه لا يحل أكله * قال مالك وكذلك كل ماقدر على ذبحه وهو في مخالب البازي أو في الكلب فيتركه صاحبه وهو قادر على ذبحه حتى يقتله البازي أو الكلب فانه لا يحل أكله * قال مالك وكذلك الذي

يرمي الصيد فيناله وهو حي فيفرط في ذبحه حتى يموت فانه لا يحل أكله * ش وهذا كما قال ان الجارح اذا أخذ الصيد فأدركه صاحبه سالما فلا يخلو أن يقدر على ذكاته أو لا يقدر فان قدر على الذكاة بان ينتزعه منه فيذكيه أو يذكيه في أفواهها أو تحتها لزمه ذلك وانتقلت الذكاة الى الصائد فان لم يفعل ذلك وتركها حتى قتلته فانه لا يجوز أكله ووجه ذلك انه صار مقدورا عليه متمكنا من ذكاته فلا يجوز أن يؤكل بقتل الجارح كالمستأنس المقدور عليه وكذلك لو شغل عن ذكاته باخراج السكين من متاعه أو انتظاره غلامه به حتى قتلته الجوارح فانه لا يجوز أكله لانه مقدور عليه (مسئلة) وان لم يقدر على ذكاته حتى فاضت نفسه أو غلبته الكلاب عليه فقتلته فانه يؤكل وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يؤكل والدليل على ما نقوله قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم وهذا مما أمسكته الجوارح علينا ودليلنا من جهة السنة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعدي بن حاتم اذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل وان قتلن ودليلنا من جهة القياس انه حيوان مستوحش غير مقدور عليه فكان ذكاته بعقر الجوارح أو آلة الصيد كالذي لم يدركه حيا

(فصل) وقوله وكذلك الذي يرمي الصيد فيناله وهو حي فيفرط في ذبحه حتى يموت فانه لا يحل أكله وحكمه في ذلك حكم صيد الجوارح فاذا رمى الصيد بسهم أو رمح أو ضربه بسيف فلم ينفذ مقاتله وصار بما نال منه مقدورا عليه فان الذكاة قد انتقلت الى أصلها فعليه أن يذكيه فان فرط في ذلك أو تأخر أو تشاغل بشيء مما قدمنا ذكره حتى مات فقد فاتت ذكاته ولا يحل أكله ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن المسلم اذا أرسل كلب المجوسي الضاري فصاد أو قتل انه اذا كان معلما فأكل ذلك الصيد حلال لا بأس به وان لم يذكه المسلم وانما مثل ذلك مثل المسلم يذبح بشفرة المجوسي أو يرمي بقوسه أو بنبله فيقتل بها فصيده ذلك وذبيحته حلال لا بأس بأكله * ش وهذا كما قال لان كلب المجوسي اذا كان معلما فانه لا فرق بينه وبين كلب المسلم لانه آلة للصيد كالسهم والرمح ولا يراعى فيها صفة مالكه ولا صفة معلمه ولا صفة مرسله وانما يراعى صفة المرسل في نفسه فالكلب كالسهم والرمح فاذا أرسل المسلم كلب المجوسي وهو معلم فقد أرسل كلبا يجوز الاصطياد به والمرسل لما كان مسلما جاز اصطياده فلم يؤثر في ذلك ملك المجوسي لانه ليس بمرسل ولا جارح وانما يعتبر في الصيد صفة المرسل والجارح خاصة وذلك كالذبح يراعى فيه صفة الذبح وصفة آلة الذبح دون صفة مالكها والله أعلم ص * قال مالك واذا أرسل المجوسي كلب المسلم الضاري على صيد فأخذه فانه لا يؤكل ذلك الصيد الا أن يذكى وانما مثل ذلك مثل قوس المسلم ونبله يأخذها المجوسي فيرمي بها الصيد فيقتله وبمنزلة شفرة المسلم يذبح بها المجوسي فلا يحل أكل شيء من ذلك * ش وهذا كما قال ان المجوسي اذا أرسل كلب المسلم على صيد فقتله فانه لا يحل أكله وان كان الكلب معلما لان الكلب وان كملت شروط الصيد فيه فان مرسله ممن تعتبر صفاته في الصيد وقد عدمت شروطه لان من لا تجوز ذكاته لا يجوز صيده وللصائد صفات تعتبر فيه منها أن يكون مسلما وأن يكون عاقلا وأن يكون صاحيا ولا خلاف في جواز صيد المسلم العاقل الصاحي فأما صيد الكتابي فقد روى ابن المواز عن مالك لا يؤكل صيده وان أكلت ذبيحته وروى ابن حبيب عن ابن وهب اباحته قال ابن حبيب ونحن نكرهه من غير تحريم والقياس انه كذبائحهم واحتج مالك لقوله المتقدم بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم ولم يذكر أهل الكتاب في الصيد كما ذكر اباحة طعامهم وهي ذبائحهم ووجه الاستدلال بهذه الآية على قول من يرى المضاف

يرمى الصيد فيناله وهو حيّ فيفرط في ذبحه حتى يموت فانه لا يحل أكله * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان المسلم اذا أرسل كلب المجوسي الضاري فصاد أو قتل انه اذا كان معلما فأكل ذلك الصيد حلال لا بأس به وان لم يذكه المسلم وانما مثل ذلك مثل المسلم يذبح بشفرة المجوسي أو يرمي بقوسه أو بنبله فيقتل بها فصيده ذلك وذبيحته حلال لا بأس بأكله واذا أرسل المجوسي كلب المسلم الضاري على صيد فأخذه فانه لا يؤكل ذلك الصيد الا أن يذكى وانما مثل ذلك مثل قوس المسلم ونبله يأخذها المجوسي فيرمي بها الصيد فيقتله وبمنزلة شفرة المسلم يذبح بها المجوسي فلا يحل أكل شيء من ذلك

من باب الحصر فلما أضاف الأيدى والرماح الى المخاطبين وهم المؤمنون دل ذلك على قصر هذا الحكم عليهم ووجه قول ابن وهب انها ذكاة فصحت من الكتابى كالذبح (مسئلة) وأما صيد المجوسى فانه لا يجوز كما لا تجوز ذبيحته لانه ليس من أهل الكتاب وانما أباح الله تعالى لنا طعام أهل الكتاب بقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب واذا تولد صبى بين كتابى ومجوسى فحكمه فى هذا الباب حكم أبيه وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما المجنون فلا يؤكل صيده ولا ذبيحته وكذلك السكران رواه ابن المواز عن مالك لان الصيد يحتاج الى نية ولا تصح النية من أحدهما

﴿ ماجاء فى صيد البحر ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الرحمن بن أبى هريرة سأل عبد الله بن عمر عما لفظ البحر فنهاه عن أكله قال نافع ثم انقلب عبد الله فدعا بالمصحف فقرأ أحل لكم صيد البحر وطعامه قال نافع فأرسلنى عبد الله بن عمر الى عبد الرحمن بن أبى هريرة انه لا بأس بأكله ﴾ ش قوله ان عبد الله بن عمر نهى عن أكل ما لفظه البحر وذلك على ضربين أحدهما أن يلفظه حيا والثانى أن يلفظه ميتا لما اعتقد تحريمه ثم ظهر اليه أن يعيد النظر أو يذكر الآية فأعاد نظره فيها فقرأ أحل لكم صيد البحر وطعامه فحمل الصيد على ما اصطيد منه لامتناعه والطعام على ما يتناول دون تصيد وذلك لا يكون الا فى الطافى الذى قد مات وهو فى الغالب لا يعلم سبب موته ولا انه مات بسبب فلما استوى عنده ذلك فى الاباحة اما لعموم الآية أو لغيرها من الأدلة رجع عن المنع منه الى اباحته (مسئلة) اذا ثبت ذلك فجميع صيد البحر حلال عند مالك وأما كلب الماء وخنزيره فقد روى الشيخ أبو القاسم انه مكروه غير محرم وقاله ابن حبيب وفى الموازية اختلف فى خنزير الماء فأجاز أكله ربيعة وكرهه يحيى ابن سعيد وظاهر القرآن والسنة يبيحه فوجه القول الاول ظاهر التسمية وفى المدونة عن ابن القاسم لم يكن مالك يجيبنا فيه بشئ ويقول أنتم تقولون خنزير يريد والله أعلم التعلق بعموم قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ولا سيما على قول من راعى فى العموم موضوع اللفظ دون عرف استعماله ومن راعى عرف استعماله دون موضوعه توقف عن الجواب أو حكم لما لم يدخل تحت عرف الاستعمال بالكراهية قال ابن القاسم انى لاتقيه ولو أكله رجل لم أره حراما ووجه القول الأول قوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه وما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال هو الطهور ماؤه الحل ميتته (مسئلة) وأما الخريت فقال ابن عباس لا بأس بأكله وهو ظاهر مذهب مالك وأصحابه وقال ابن حبيب أنا أكرهه لانه يقال انه من الممسوخ

(فصل) وقوله نهى عن أكل ما لفظه البحر وذلك على ضربين أحدهما أن يلفظ حيا والثانى أن يلفظه ميتا فأما ما لفظه حيا فان مذهب مالك جواز أكله وكذلك ما لفظه ميتا سواء مات بسبب أو بغير سبب وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تؤكل ميتته الا ما مات بسبب مثل أن يؤخذ فيموت أو يموت من شدة حر أو برد أو تقتله سمكة أخرى أو ينضب عنه الماء فيموت أو يلفظه البحر حيا فيموت فأما ان مات حتف أنفه أو لفظه البحر ميتا فانه لا يؤكل والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم فى كتاب الطهارة وهو ما رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو الطهور ماؤه الحل ميتته ودليلنا من جهة القياس ان هذا سمك لو مات فى البر لأكل فاذا مات فى البحر وجب أن يؤكل أصله اذا مات بسبب وأيضا فان الذكاة انما تكون بقصد قاصد يصح منه القصد ولا خلاف ان ذلك لا يعتبر

﴿ ماجاء فى صيد البحر ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع ان عبد الرحمن بن أبى هريرة سأل عبد الله ابن عمر عما لفظ البحر فنهاه عن أكله قال نافع ثم انقلب عبد الله فدعا بالمصحف فقرأ أحل لكم صيد البحر وطعامه قال نافع فأرسلنى عبد الله بن عمر الى عبد الرحمن بن أبى هريرة انه لا بأس بأكله

في الحوت فوجب أن لا تعتبر فيه الذكاة اذا ثبت ذلك ففي هذا بابان * أحدهما في بيان ما يجوز أكله بغير ذكاة * والباب الثاني في بيان ما لا يجوز أكله الا بذكاة

﴿ الباب الأول في بيان ما يجوز أكله بغير ذكاة ﴾

ما في الماء من الحيتان ودوابه على ضربين * ضرب لا تبقى حياته في غير الماء وضرب تبقى حياته في غير الماء فأما ما لا تبقى حياته في غير الماء كالسمك وجميع أنواع الحيتان والدواب التي اذا خرجت من الماء لم تبق حياتها وعاجلها الموت ولا تصرف لها في البر فلا خلاف في المذهب انه يجوز أكل ذلك كله بغير ذكاة ولا سبب * وأما ما تبقى حياته في البر كالضفادع والسلحفاة والسرطان ففي المدونة عن مالك اباحة أكله من غير ذكاة ولا سبب وروى عيسى عن ابن القاسم ما كان مأواه في الماء فانه يؤكل بغير ذكاة وان كان يرعى في البر وكان مأواه ومستقره في البر فانه لا يؤكل الا بذكاة وان كان يعيش في الماء وفي المدنية عن محمد بن ابراهيم بن دينار في القسمين لا يؤكل الا بذكاة وهو قول أبي حنيفة والشافعي وجه قول مالك ان هذا من حيوان الماء فلا يحتاج الى ذكاة كالحوت ووجه القول الثاني انه حيوان يعيش في البر فلم يجز أكله الا بذكاة كحيوان البر (مسئلة) دم السمك نجس وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو طاهر يحل أكله وبطهارته قال الشيخ أبو الحسن والدليل على ما نقوله قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم وهذا عام فيحمل على عمومه ودليلنا من جهة القياس ان هذا دم سائل فوجب أن يكون نجسا كسائر الدماء

﴿ الباب الثاني في بيان ما لا يجوز أكله الا بذكاة ﴾

أما ما يحتاج الى ذكاة فهو كالجراد والحلزون وما يكون في البر من الحشرات وأنواع الخشاش * قال القاضي أبو الوليد وهي عندي من التي ليست لها نفس سائلة فقد روى عن مالك في كتاب ابن المواز وغيره انه لم يجز أكل الجراد وغيره الا بذكاة فان ماتت بغير سبب بعد ان اصطيدت حية فقد أجاز أكلها سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح وقالا أخذها ذكاتها ولو وجدت ميتة لم يجز عندهما أكلها وأجاز ذلك مطرف من رواية ابن حبيب عنه وقاله محمد بن عبد الحكم وبه قال الشافعي ووجه قول مالك قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وهذه ميتة ومن جهة المعنى ان هذا من حيوان البر فلم يجز أكله بغير ذكاة أصل ذلك سائر حيوان البر ووجه قول مطرف ان هذا حيوان مقدور عليه لا تعتبر فيه الذكاة المخصوصة فلم تعتبر فيه ذكاة أصله الحوت (فرع) وحكم الحلزون حكم الجراد في انها لا تؤكل الا بذكاة قال ابن حبيب كان مالك وغيره يقول من احتاج الى أكل شئ من الخشاش لدواء أو غيره فلا بأس به اذا ذكى كما يذكى الجراد كالخنفساء والعقرب وبنات وردان والعقربان والجندب والزنبور واليعسوب والذر والنمل والسوس والحلم والدود والبعوض والذباب وما أشبه ذلك ص

﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن سعد الجاري مولى عمر بن الخطاب انه قال سألت عبد الله بن عمر عن الحيتان يقتل بعضها بعضا أو تموت صردا فقال ليس بها بأس قال سعد ثم سألت عبد الله بن عمرو بن العاصي فقال مثل ذلك ﴾ ش ما قتل بعضه بعضا من الحيتان أو مات صردا يجوز أكله وهو مما اتفق عليه مالك وأبو حنيفة والشافعي لانه مات بسبب وليس من شرطه عند أبي حنيفة أن يكون السبب من فعل الصائد بل يجوز أكله متى مات بسبب من فعل الصائد أو غير فعله وما احتاج الى سبب عند مالك فانه يحتاج أن يكون السبب من فعل قاصد الى ذلك وقد نص على ذلك الشيخ أبو بكر في كل ما ليست له نفس سائلة ان ذكاته بأن يقصد الى اماتته بفعل ما وهل يعتبر فيه من صفة الفاعل

* وحدثني عن زيد بن أسلم عن سعد الجاري مولى عمر بن الخطاب أنه قال سألت عبد الله بن عمر عن الحيتان يقتل بعضها بعضا أو تموت صردا فقال ليس بها بأس قال سعد ثم سألت عبد الله بن عمرو بن العاصي فقال مثل ذلك

بما لفظ البحر بأسا
* وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ان ناسا من أهل الجار قدموا فسألوا مروان بن الحكم عما لفظ البحر فقال ليس به باس وقال اذهبوا الى زيد بن ثابت وأبي هريرة فاسألوهما عن ذلك ثم ائتوني فاخبروني ماذا يقولان فاتوهما فسألوهما فقالا لا بأس به فأتوا مروان فاخبروه فقال مروان قد قلت لكم قال مالك لا بأس بأكل الحيتان يصيدها المجوسي لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته * قال مالك واذا أكل ذلك ميتا فلا يضره من صاده

﴿ تحريم أكل كل ذي ناب من السباع ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن ابن شهاب عن أبي ادريس الخولاني عن أبي ثعلبة الخشني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذي ناب من السباع حرام * وحدثني عن مالك عن اسماعيل بن أبي حكيم عن عبيدة بن سفيان الحضرمي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذي ناب من السباع حرام قال مالك وهو الأمر عندنا

مايعتبر في الذكاة أم لا في العتبية من رواية أشهب عن مالك لا يجوز صيد المجوسي للجراد ان قتلها بفعله الآن تؤخذ منه حية قال ابن عبد الحكم وعلى آخذها التسمية عند قطع رؤسها أو أجنحتها أو غير ذلك مما يقتلها وهذا لا يدل على أن هذا ذكاة لها ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة وزيد بن ثابت انهما كانالا يريان بما لفظ البحر بأسا * مالك عن أبي الزناد عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ان ناسا من أهل الجار قدموا فسألوا مروان بن الحكم عما لفظ البحر فقال ليس به بأس وقال اذهبوا الى زيد بن ثابت وأبي هريرة فاسألوهما عن ذلك ثم ائتوني فاخبروني ماذا يقولان فأتوهما فسألوهما فقالا لا بأس به فأتوا مروان فأخبروه فقال مروان قد قلت لكم قال مالك لا بأس بأكل الحيتان يصيدها المجوسي لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته * قال مالك واذا أكل ذلك ميتا فلا يضره من صاده ﴾ ش قوله ان ناسا من أهل الجار أتوا مروان فسألوه عما لفظ البحر ومعناه من الحيتان والدواب وانما سألوه لانه كان أمير المدينة حينئذ فأفتاهم بأكله ثم أمرهم أن يسألوا زيد بن ثابت وأباهريرة لانهما كانا من أعلم من بقي من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة في ذلك الوقت ولعل من كان يشاركهما في العلم غاب ذلك الوقت واستظهر بمشاورتهما المعنيين اما لانه قد علم موافقتهما له على هذا الحكم قبل هذا وأراد أن يقوى ذلك في أنفس السائلين بجواب علماء الصحابة وفقهاء المدينة واما لانه لم يعلم قولهما في ذلك فأراد أن يستظهر بجواب من هو أعلم منه ويعلم في ذلك قوله وان كان تمظهر اليه ما أجاب به فلما وافقاه على ذلك تحقق قوله وقوى في نفسه ما أفتاهم به ولم يسأل مروان ولا زيد ولا أبو هريرة أحدا من السائلين عما رماه البحر من ذلك هل رماه حيا أو ميتا لان الحكم عندهم في ذلك واحد على ما قدمناه ذكره من قول مالك ولو اختلف الحكم فيه لسألوا عنه وكان الجواب من التفصيل على حسبه والله أعلم

﴿ تحريم أكل كل ذي ناب من السباع ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبي ادريس الخولاني عن أبي ثعلبة الخشني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذي ناب من السباع حرام * مالك عن اسماعيل بن أبي حكيم عن عبيدة ابن سفيان الحضرمي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذي ناب من السباع حرام قال يحيي قال مالك وهو الأمر عندنا ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع ظاهره التحريم ويجوز أن يحمل على الكراهية بدليل ان وجد في الشرع واختلف العلماء في تحريم السباع فروى العراقيون من المالكيين عنه انها كلها عنده على الكراهية من غير تمييز ولا تفصيل وهو ظاهر ما في المدونة وقد روى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة انه قال كل ما يفترس من السباع ويأكل اللحم فهو مما لا يؤكل وما كان سوى ذلك من دواب الأرض ومايعيش بنبات الأرض فلم يأت فيه نهي قال عيسى عن ابن القاسم وهذا فيما كان من السباع فأما الطير فانها تفترس وتأكل اللحم وليس بأكلها بأس وأما المدنيون من المالكيين فقد قال ابن حبيب لم يختلف المدنيون في تحريم لحوم السباع العادية الأسد والنمر والذئب والكلب فأما غير العادية كالذئب والثعلب والضبع والهر الوحشي والانسي فيكره أكلها دون تحريم قاله مالك وابن الماجشون ولعله لم يبلغه قول ابن كنانة أو بلغه وحمله على المنع في الجملة وانه عنده على

ضربين منه ممنوع على وجه التحريم ومنه ممنوع على وجه الكراهية وأما المغاربة من المالكيين ففي كتاب ابن المواز عن مالك السبع والنمر والفهد محرمة بالسنة والذئب والثعلب والهر مكروهة وقد يوجد من قول ابن القاسم وروايته عن مالك ان ذلك كله على الكراهية مثل رواية العراقيين استدل شيوخنا في ذلك بقوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس فليست لحوم السباع مما تضمنته الآية فوجب أن لا يكون محرما ودليلنا من جهة القياس أن هذا سبع فلم يكن محرما كالضبع والثعلب

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أكل كل ذي ناب من السباع حرام وهذا نص في التحريم وقد أجاب عنه أبو بكر بن الجهم وغيره بان سفيان غير معلوم الحفظ وقد روى الزهري حديث أبي ثعلبة الخشني فلم يذكر لفظ التحريم وليس هذا بصحيح من الاعتراض لان مالكا أخرجه في موطئه وهذا يدل على تصحيحه له والتزامه له الا أن يكون عنده في ذلك تأويل وأما مخالفة لفظ حديث الزهري له فليس باعتراض صحيح لجواز أن يكون أبو هريرة نقل لفظ التحريم ونقل أبو ثعلبة لفظ النهي وقد أجاب عنه بعض أصحابنا بان قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الآية عام في نفي كل محرم غير ما تضمنت الآية تحريمه الا أن يدل دليل على تحريم ما لا تتضمنه الآية كما دلت آية الخمر على تحريمها وان لم يكن ذلك في هذه الآية وحديث لحوم السباع عام في تحريمها على كل أكل فنحمل الآية على عمومها ونخص بها حديث تحريم لحوم السباع ونحمله على المحرمين وكان ذلك أولى لان الآية مقطوع بصحتها وكان التعلق بعمومها أولى من التعلق بعموم مظنون وهو عموم الخبر فان قيل فما فائدة تخصيص لحوم السباع وسائر لحوم الوحش محرمة على المحرمين فالجواب انه لا يمنع بان يخص نوعا من الجنس دون جميعه ليجتهد في إلحاق الباقي به أو مخالفته له كما يقولون انه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وخص بذلك التحريم وان كان غيره من الحيوان عندكم حراما لم ينص عليه * وجواب ثان وهو انه انما خص لحوم السباع بالذكر لما كانت مما أبيح للمحرم قتلها ابتداء لئلا يعتقد انها بمنزلة بهيمة الأنعام في استباحة لحومها لما كانت بمنزلتها في استباحة قتلها والاصل عندي في هذا أن يخص الحديث بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه فالآية عامة في كل الحيوان وخاصة في الامساك وحديث أبي هريرة خاص في السباع وعام في أحوالها فنجمع بينها ونخص الحديث ونحمله على الميتة منها بدليل خصوص الآية فيما أمسك علينا وكان ذلك أولى من تخصيص الآية بالحديث لمعنيين أحدهما ان الآية معلومة والحديث ليس بمعلوم والثاني ان عموم الآية لم يدخله تخصيص وعموم الحديث قد دخله تخصيص في الضبع والثعلب عندنا وعند الشافعي ووجه ذلك ان الأغلب من هذه السباع العادية انها لا يتمكن منها إلا بعد فوات ذكاتها فخرج الحديث على الأغلب من أحوالها فهذا الذي يمكن أن يقال في ذلك ورواية من روى عن مالك التحريم أظهر لحديث أبي هريرة وهو نص في التحريم وخاص في السباع وقد قال القاضي أبو اسحاق في مبسوطه أحسب ان مالكا حمل النهي عن أكل كل ذي ناب من السباع على النهي عن أكلها خاصة لان عبيدة بن سفيان روى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذي ناب من السباع حرام فذهب مالك الى ان النهي مختص بالأكل وان التذكية طهر لغير الأكل فقال لا بأس بجلود السباع المذكاة أن يصلى عليها (مسئلة) اذا قلنا بتحريم لحوم السباع العادية فقد روى ابن حبيب عن مالك ان

الدب والثعلب والضبع ليست بمحرمة وهذا على ماقاله ابن حبيب فان قول مالك لم يختلف فى السباع التى لاتبدأ بالأذى غالبا كالهر والثعلب والضبع وانما اختلف قوله فى السباع العادية التى تبدأ بالأذى غالبا فروى عنه التحريم وروى عنه الكراهية ومار وى عن ابن القاسم وابن كنانة ان كل مايفرس ويأكل اللحم لايؤكل لحمه محتمل يحتمل أن يريد به التحريم ويحتمل أن يريد به الكراهية وأما القرد فقد قال ابن حبيب لايحل لحم القرد * قال الامام أبو الوليد رحمه الله والأظهر عندى انه ليس بحرام لعموم الآية ولم يرد فيه مايوجب تحريما ولا كراهية فان كانت كراهية فلاختلاف العلماء فيه والله أعلم (مسئلة) وأما أكل الضب فباح عند مالك وقال أبو حنيفة هو مكروه (مسئلة) ولايؤكل حية ولاعقرب قاله الشيخ أبو بكر وانما كره أكلها لانها ليست من بهيمة الأنعام ولا الطير ولا السمك وقد يجوز أن تكون فى معنى السباع فكره أكلها كما كره أكل لحوم السباع فاما تحريمها فغير جائز لان الدليل لم يقم على ذلك فنص على المنع على وجه الكراهية لاعلى وجه التحريم للوجهين اللذين ذكرهما ويحتمل أن يكون كره أكلهما لما فيهما من السم مخافة على آكلها وأما أكل كل شئ من ذلك على وجه التداوى اذا أمن من أذاها وعرف وجهه فلا بأس به وله أبيح أكل الترياق مع مافيه من لحوم الافاعى لمن أمن أذاها وعرف سلامة لحمها من سمها (مسئلة) حشرات الأرض مكروهة خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما هى محرمة والدليل على مانقوله قوله تعالى قل لاأجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الآية وليس فيها ذكر الحشرات ومن جهة المعنى انها من الهوام فكره أكلها لغير ضرورة كالحيات (مسئلة) وأجاز مالك أكل الطير كله ما كان له مخلب ومالم يكن له مخلب قال مالك لابأس بأكل الصرد والهدهد ولاأعلم شيأ من الطير يكره أكله واختلف قول مالك فى الخطاف ففى المستخرجة لابأس بأكل الخطاطيف وقاله ابن القاسم وروى على بن زياد عن مالك انه كره أكلها والأول أكثر وأظهر خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما لايؤكل كل ذى مخلب من الطير والدليل على مانقوله قوله تعالى قل لاأجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الاأن يكون ميتة أودما مسفوحا أولحم خنزير الآية وهذا عام فنحمله على عمومه الاماخصه الدليل وقوله تعالى فى الجوارح فكلوا مماأمسكن عليكم ولم يفرق بين ذى مخلب وغيره ودليلنا من جهة القياس ان هذا طائر فلم يكن حراما كالدجاج والأوز

﴿ مايكره من أكل الدواب ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك ان أحسن ماسمع فى الخيل والبغال والحمير انها لا تؤكل لأن الله تبارك وتعالى قال والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وقال تبارك وتعالى فى الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون وقال تبارك وتعالى ليذكروا اسم الله على مارزقهم من بهيمة الانعام فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر قال مالك وسمعت أن البائس هو الفقير وأن المعتر هو الزائر قال مالك فذكر الله الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة وذكر الانعام للركوب والاكل قال مالك والقانع هو الفقير أيضا

﴿ مايكره من أكل الدواب ﴾

ص ﴿ مالك ان أحسن ماسمع فى الخيل والبغال والحمير انها لاتؤكل لان الله تبارك وتعالى قال والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وقال تبارك وتعالى فى الأنعام لتركبوا منها ومنها تأكلون وقال تبارك وتعالى ليذكروا اسم الله على مارزقهم من بهيمة الأنعام فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر * قال مالك وسمعت ان البائس هو الفقير وان المعتر هو الزائر قال مالك فذكر الله الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة وذكر الأنعام للركوب والأكل قال مالك والقانع هو الفقير أيضا ﴾ ش استدل مالك على المنع من أكل لحوم الخيل والبغال والحمير بالآية وذلك من وجهين أحدهما ان لام كى بمعنى الحصر وذلك انه أخبر تعالى انه انما خلقها للركوب والزينة وقصد بذلك الامتنان علينا واظهار احسانه الينا فدل ذلك على انه جميع ما أباحه لنا منها ولو كانت فيها منفعة غيرها الذكرها ليبين انعامه علينا أوليظهر اباحة ذلك الينا فان اخباره تعالى انه خلقها لهذا المعنى دليل على انه جميع التصرف

المباح فيها والوجه الثاني انه ذكر الخيل والبغال والحمير فاخبر تعالى انه خلقها للركوب والزينة وذكر الأنعام فاخبر انه خلقها للركب منها وأكل فلما عدل في الخيل والبغال والحمير عن ذكر الأكل دل ذلك على انه لم يخلقها لذلك والا بطلت فائدة التخصيص بالذكر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالخيل عند مالك مكروهة وليست بمحرمة ولا مباحة على الاطلاق وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي هي مباحة وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن وقال ابن حبيب الخيل مختلف في كراهية أكلها فلا يبلغ بها التحريم والبراذين مثلها فجعلها مباحة في أحد القولين ودليلنا على كراهيتها ان هذا حيوان أهلي ذو حافر فلم يكن أكله مباحا كالبغال والحمير وتعلق من رأى اباحة ذلك بما روى محمد بن على عن جابر بن عبد الله نهى النبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر وأرخص في لحوم الخيل (مسئلة) وأما الحمير فاختلفت الرواية عن مالك فيها فقيل انها محرمة وقيل مكروهة غير محرمة ذكر ذلك القاضي أبو محمد وذكر القاضي أبو الحسن رواية الكراهية خاصة والدليل على التحريم ما روى عن أبي ثعلبة حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الأهلية ووجه الرواية الثانية ان هذا حيوان مركوب ذو حوافر فلم يكن محرما وان كان مكروها كالخيل وأما البغال فحكمها حكم الحمر لانها متولدة بينها وبين الخيل فان قلنا ان الحمر مكروهة فالبغال مكروهة وان قلنا ان الحمر محرمة فالبغال محرمة

(فصل) وقوله وان القانع هو الفقير والمعتر هو الزائر ما ذكره العلماء وأهل التفسير ويقتضيه المعنى وذلك أن البائس من وجد به البؤس والفقر من جملة البؤس والقانع هو الطالب والقنوع الراضي بما عنده

﴿ ما جاء في جلود الميتة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن عباس أنه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاة ميتة كان أعطاها مولاة لميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أفلا انتفعتم بجلدها فقالوا يا رسول الله انها ميتة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بشاة ميتة كان اعطاها مولاة لميمونة يريد انه كان أعطاها اياها حية ثم ماتت وكان أعطاها اياها اما على سبيل الصدقة لكونها محتاجة لان اطلاق لفظ المولاة يقتضي أنها قد أعتقت وسقطت نفقتها عمن أعتقها والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ألا انتفعتم بجلدها يحتمل معنيين أحدهما أفلا ذبحتموها فانتفعتم بجلدها والثاني أفلا سلختموها فانتفعتم بجلدها حضا منه صلى الله عليه وسلم على الانتفاع بالأموال والتمييز لها ومنعها من افسادها قليلها ويسيرها وما فيه منتفع منها والانتفاع بكل نوع منها وصرف ما فضل من الأموال واستغنى عنه الى سبيل الله ومواساة أهل الحاجة فان افساد المال لا فائدة فيه ولا منفعة في اطراح ما ينتفع به الا مجرد العبث والكبر (فرع) وهذا الانتفاع مشروط عند مالك بتقدم الدباغ ولا يجوز الانتفاع بها قبل الدباغ رواه عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدنية وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ لا يفترش ولا يطحن عليه ولا يستعمل في غير ذلك من وجوه المنافع حتى يدبغ وروى أبو زيد عن ابن القاسم عن مالك في العتبية ترك الانتفاع بجلد الميتة قبل الدباغ أحب الى وقال ابن القاسم لا ينتفع به حتى يدبغ والدليل على ذلك ما روى عن عبد الله بن عكيم انه قال قرأ علينا كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا ينتفعوا

﴿ ما جاء في جلود الميتة ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن عباس أنه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاة ميتة كان أعطاها مولاة لميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أفلا انتفعتم بجلدها فقالوا يا رسول الله انها ميتة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها

من الميتة باهاب ولا بعصب فدل على أن الانتفاع بالجلد شرط فى التوصل اليه تطهيره بالذكاة وجعل لذلك التطهير عند عدمه بدل وهو الدباغ فلا يجوز استباحة ذلك دون البدل اذا عدم المبدل منه كالصلاة جعلت الطهارة شرطا فى صحتها وجعل للطهارة بدلا وهو التيمم فلا يجوز استباحتها عند عدم المبدل منه الا بالتيمم الذى هو البدل فهذا الأكثر من المذهب ويحتمل الرواية عن مالك أن ذلك على الاستحباب ويكون وجه ذلك التعلق بظاهر قوله هلا انتفعتم بجلدها ولم يشترط دباغا ولا غيره

(فصل) وقولهم انها ميتة اظهار للوجه الذى منعهم من الانتفاع بجلد الميتة حين علموا تحريم الميتة فاعتقدوا أن ذلك يحرم الانتفاع بجلدها وغير ذلك منها وانه قد حرم ذلك كله منها كما حرم أكل لحمها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها تبيين لما حرم منها واعلام أن الانتفاع بها لم يفت بفوتها كما لم يفت المحدث الصلاة عند عدم الماء بل قد يمكن استدراكه بالدباغ كما يمكن المحدث استدراك استباحة الصلاة بالتيمم وليس فى هذا الحديث تصريح بطهارة جلد الميتة وانما فيه الاخبار عن جواز الانتفاع بها وقد استدل أصحاب الشافعى من هذا الحديث على طهارة جلد الميتة بالدباغ لقوله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها وانما للحصر وهذا يقتضى أن ما عدا الأكل منه باق على ما كان عليه من الاباحة فيها وهذا ليس بصحيح لأنه لم يجر للطهارة ولا للنجاسة ذكر وانما جرى ذكر جواز الانتفاع بها فيجب أن يكون قوله انما حرم أكلها راجعا اليه فى اباحة ما يقتضى اللفظ اباحته منه ومنع ما يقتضى اللفظ المنع منه فأما الطهارة والنجاسة فلم يجر لهما ذكر فلا يتعلق بهما شئ من اللفظ بحصر ولا غيره كما أن بقاء الملك عليها وازالته عنها لم يجر له ذكر فلم يرجع اللفظ اليه ولذلك قال أكثر أصحابنا وأصحابهم انه لا يجوز بيعها لأن لفظ الانتفاع بها لا يتناوله فلم يرجع اليه قوله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها ويحتمل أن يكون قوله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها راجعا الى الشاة وقد ينتفع بلحمها أيضا وقال الشيخ أبو بكر ينتفع به بان يطعمه كلابه قاله ابن المواز اذا شاء ذلك فانه يذهب بكلابه اليها ولا يأتى بالميتة الى الكلاب ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن ابن وعلة المصرى عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دبغ الاهاب فقد طهر ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم اذا دبغ الاهاب فقد طهر تصريح بطهارته بعد الدباغ والطهارة على ضربين طهارة ترفع النجاسة جملة وتعيد العين طاهرة كتخلل الخمر وطهارة تبيح الانتفاع بالعين وان لم ترفع حكم النجاسة كتطهير الدباغ جلد الميتة على المشهور من مذهب مالك ويجرى ذلك مجرى الوضوء فى رفع الحدث والتيمم فى استباحة الصلاة مع بقاء الحدث فأما تطهير الدباغ جلد الميتة بمعنى الانتفاع به مع بقاء نجاسته فلا خلاف فيه نعلمه فى المذهب قال الشيخ أبو القاسم جلد الميتة قبل الدباغ نجس وبعده طاهر طهارة مخصوصة يجوز بها استعماله فى اليابسات وفى الماء وحده من المائعات وأما تطهيره اياه بمعنى رفع نجاسته جملة واعادة طهارته فقد اختلف العلماء فيه فروى عن مالك أنه لا يطهر بالدباغ ومعنى ذلك الطهارة التى تدفع النجاسة وروى شيوخنا العراقيون عن مالك رواية أخرى أنها تطهر بالدباغ الا جلد الخنزير وهو قول ابن وهب وابن حنبل وبه قال أبو حنيفة والشافعى واستدل أصحابنا فى ذلك بما روى عن عبد الله بن عكيم أنه قال قرئ علينا كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا ينتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب وهذا الحديث لا يصح احتجاجنا به لأنا لا نمنع الانتفاع بجلد الميتة بعد الدباغ وهم لا يخالفونا فى الذى لا يجوز الانتفاع

* وحدثنى مالك عن زيد ابن أسلم عن ابن وعلة المصرى عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دبغ الاهاب فقد طهر

نه قبل الدباغ ودليلنا من جهة المعنى أنه جزء من الميتة نجس بالموت فوجب أن تتأبد نجاسته أصل ذلك اللحم واستدل فى ذلك من أثبت الطهارة التى تدفع النجاسة بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا دبغ الاهاب فقد طهر والجواب أن الطهارة تكون بمعنى التنظيف واباحة الاستعمال وان لم ترفع حكم موجب الطهارة يدل على ذلك أن التيمم قد سمى فى الشرع طهارة وسمى التراب طهورا كما يسمى الماء وان كان لا يدفع حكم موجبه وهو الحدث وانما تستباح به الصلاة فكذلك فى مسئلتنا مثله (فرع) فان قلنا ان الدباغ لا يدفع حكم نجاسة فانه يستمتع به ويصرف فى الجامدات يغربل عليه الطعام وغيره غير أنه لا يصلى به ولا عليه وقال ابن حنبل لا ينتفع به ولا يستعمل فى جامد ولا غيره والدليل على قولنا قوله صلى الله عليه وسلم اذا دبغ الاهاب فقد طهر وقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عباس أفلا انتفعتم بجلدها وقوله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها (فرع) وأما استعمالها فى المائعات فانه كره مالك فى خاصته استعماله فى الماء ولم يمنع منه غيره ومنع من استعماله فى غير ذلك من المائعات هذا هو المشهور من مذهب مالك وذكره الشيخ أبو بكر فى شرح المختصر عن مالك وقال ابن حبيب لا بأس أن يجعل منها السقاء للماء وقربة اللبن وزق الزيت ووجه ذلك أن الماء لا ينجس من النجاسات الا بما غيره وانما يكره استعمال اليسير منه للخلاف على ما تقدم فى ذكر أحكام المياه فى كتاب الطهارة فكان يحتاط ويأخذ بالافضل فى خاصته ويوسع على الناس فيه لما قام من الدليل على طهارته وأما سائر المائعات فانها تنجس بيسير وان لم يغيرها فلذلك لم يجز استعمالها فيها لأن ذلك ينجسها ويحرمها ولا يجوز على هذه الرواية بيعه رواه ابن القاسم عن مالك فى المدنية لأنه لا يجوز بيع ما كان نجسا لعينه وأما رواية ابن حبيب فى استعماله فى اللبن والزيت فبنى على قول من يرى أن المائعات لا تنجس من مخالطة النجاسة الا بما غير وقد تقدم ذكره فى الطهارة (فرع) وان قلنا انه يطهر بالدباغ طهارة تمنع نجاسته فانه يصلى به وعليه ويستعمل فى المائعات كلها ويجوز بيعه قاله ابن وهب ورواه ابن عبد الحكم عن مالك فى المختصر الكبير بشرط ان تبين والمشهور من المذهب أنه لا يجوز بيعه مع كونه لا يجوز أن يصلى فيه (مسئلة) وبما يطهر من الدباغ قال ابن المواز عن نافع فى المدنية لا يكون دباغه بالملح فقط مما يمنعه الفساد وانما يكون الدباغ التام الذى ينتفع به للشرب وغيره وقال يحيى بن سعيد الانصارى ما دبغ به جلد الميتة من دقيق أو ملح أو قرظ فهو له طهور والدليل لقوله قوله صلى الله عليه وسلم اذا دبغ الاهاب فقد طهر فعلق ذلك بالدباغ والدباغ معلوم وأما ما يفعل من غيره مما لا يبلغه حكم الدباغ والانتفاع به فى الأسقية وغيرها فانما هو تجفيف لرطوباته وهذا يحصل بتجفيفه فى الشمس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهذا حكم جلد ما يستباح أكله بالذكاة والحيوان على ثلاثة أضرب مباح وقد تقدم ذكره ومحرم ومكروه * فأما المتفق على تحريمه كالخنزير فقد قال الشيخ أبو بكر لا ينتفع بجلده وان ذبح ودبغ لانه لا يحل بذكاة ولا غيرها * والدليل على ما نقوله قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ثم قال فى آخر الآية الا ما ذكيتم والخنزير لا تعمل فيه الذكاة وهى أقوى فى التطهير من الدباغ لان الذكاة تعمل فى اللحم وغيره من أجزاء الحيوان والدباغ انما يعمل فى الجلد خاصة على الاختلاف فاذا كانت الذكاة لا تؤثر فى جلد الخنزير فبأن لا يؤثر الدباغ أولى وأحرى * وفى المبسوط عن اسمعيل بن أبى أويس سئل مالك عن جلود الميتة مما يؤكل لحمه وما لا يؤكل لحمه فقال لا بأس ان يستمتع بها ولا تباع ولا يصلى عليها وقال الشيخ أبو القاسم

ذلك كله سواء (مسئلة) وأما ما تقدم الخلاف في تحريمه كجلود السباع فقال ابن المواز عن مالك لا بأس ببيع جلود السباع والصلاة فيها اذا ذكيت وان لم تدبغ اذا غسلت وقال ابن حبيب في جلود السباع العادية لا تباع ولا يصلى عليها ولا تلبس وان ذكيت وينتفع بها فيما سوى ذلك فاما قول ابن حبيب فعلى رواية التحريم وأما رواية ابن المواز فيجوز أن يكون على رواية نفي التحريم ويجوز أن يكون على رواية التحريم لما كان تحريما مختلفا فيه وأما السباع التي لا تعدو كالهر والثعلب والضبع فقد قال ابن حبيب يجوز بيعها ولباسها والصلاة فيها اذا ذكيت وقال الشافعي لا تطهر جلود السباع بالذكاة غير الضبع وتطهر بالدباغ غير جلد الكلب والخنزير والدليل على ما نقوله قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم فاستثنى المذكى فدل على انه غير محرم ودليلنا من جهة القياس ان هذا جلد يطهر بالدباغ فوجب أن يطهر بالذكاة كجلد الضبع (مسئلة) وأما جلد الفرس فقال ابن المواز لا يصلى به وان ذبح ودبغ وقال ابن حبيب لا بأس ببيعه والصلاة فيه وقد اتفقنا على انه جلد حيوان مكروه لا محرم فيتخرج من هذا ان جلد الحيوان المكروه لحمه عند ابن المواز لا يستباح استعماله بذكاة ولا دباغ ومعنى ذلك ما رواه عن مالك انه انما كره ذكاتها للذريعة الى أكل لحومها فمنع من ذلك لما كانت كثيرة التكرر والوجود لا لعينها وأما جلود السباع فقد أجاز بيعها والصلاة بها اذا ذكيت وان لم تدبغ وذلك لما لم تكن لحومها موجودة فلم يخف أن يكون استعمال جلودها ذريعة الى أكلها فاتفق أكدت عنده كراهية لحوم الخيل وجلودها لما خاف الذريعة الى أكلها ولا يمتنع مثل هذا في الشريعة فان لحم الخنزير محرم كلحم الميتة وكالخمر ثم شرع الحد في شرب الخمر لما خيف التسرع اليها ولم يشرع الحد في أكل الميتة ولا أكل لحم الخنزير لما لم يخف التسرع اليها وقال ابن حبيب في جلد الفرس لا بأس ببيعه والصلاة فيه ومعنى ذلك انه غير محرم لحمه فجاز أن يكون جلده طاهرا كجلود السباع التي لا تعدو (مسئلة) وأما جلد الحمار والبغل فقد قال ابن المواز لا يصلى بجلد شئ من ذلك وان دبغ وذبح وقال مالك أكره ذكاتها للذريعة الى أكل لحومها وهذا يقتضي انها عنده على الكراهية ويحتمل على توجيه ابن حبيب أن يكون القول فيها كالقول في جلد الفرس وأما على رواية التحريم فيجب أن يكون جلدها ممنوعا قولا واحدا (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان العظم ينجس بالموت وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا ينجس بالموت وقد روى ابن المواز ان مالكا نهى عن الانتفاع بعظم الميتة والفيل والادهان فيه ولم يطلق تحريمها لان ربيعة وابن شهاب أجازا الامتشاط بها قال ابن حبيب وقد أجاز ذلك ابن الماجشون ومطرف وابن وهب وأصبغ فاما ابن وهب وأصبغ فانهما راعيا تغليتها بالماء وجعلا ذلك كالدباغ فيها يطهرها كما يطهر الجلد الدباغ وهذا يدل على انه ينجس عندهما بالموت فلم أر مالكا في رواية ابن المواز عنه راعى ذلك فيها وكذلك مطرف وابن الماجشون قال الشيخ أبو بكر والخلاف في هذه المسئلة مبني على أن الروح يحل العظم أولا يحله وهذا الذي قاله مالك هو الأصل غير رواية ابن وهب وأصبغ فانهما جعلاه مما تحله الروح ويطهر بالدباغ والدليل على ان الروح يحله وانه ينجس بالموت قوله تعالى من يحيي العظام وهي رميم الآية ودليلنا من جهة القياس ان ما ينجس لحمه بالموت ينجس به عظمه كالكلب والخنزير ووجه رواية الثانية انه جزء لا يألم الحيوان منه فلم ينجس بالموت أصل ذلك الشعر وقال الشيخ لم يحرم الانتفاع بانياب الفيل وغيره وانما كره ذلك للاختلاف في موتها وقال ربيعة انما ينتفع من عظم الفيل بالناب وحده لانه لا لحم عليه ولا دسم فيه انما هو كعود

* وحدثني عن مالك عن يزيد بن عبد الله بن قسيط عن محمد بن عبد الرحمن ابن ثوبان عن أمه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أن يستمتع بجلود الميتة اذا دبغت

يابس نابت قال وكذلك كل عظم ليس عليه لحم والى هذا ذهب ابن حبيب ولا أعلم بهذه الصفة غير الاسنان وهذا يقتضي ان أصل العظم الطهارة وانما ينجس ما نبت عليه اللحم مما خالطه من الدسم الذي ينجس بالموت وقد قال عن مالك ان الريش الذي له سنخ في اللحم والدم والقرون والانياب والاظلاف لا خير فيه وحكم هذا فيما ذكر ربيعة حكم ناب الفيل الا أن يكون ابن حبيب روى عن مالك قوله واختار قول ربيعة (فرع) وأما بيع عظام الميتة فقد حكى ابن حبيب عن ابن الماجشون لم أسمع أحدا ارخص في ذلك شيء واذا وقع البيع فسخ ورد الثمن الى المبتاع وذلك عنده في عظام الفيل وغيرها وقال ابن عبد الحكم عن مالك يجب اجتناب عظام الميتة وعظام الفيل لانها تجري مجرى اللحم فلا يمتشط بها ولا يتجر فيها * وقال ابن حبيب في الواضحة اذا غليت جاز بيعها كما يجوز بيع جلود الميتة اذا دبغت وقال أصبغ لا تباع وان غليت غير اني لا أفسخ بيعها بعد ان تغلى الا أن تكون قائمة ولم تفت وأما ما لم يطبخ ولم يغل فالبيع مفسوخ فاتت أو لم تفت وهذا كله يدل من قول أصحابنا على انها تنجس بالموت وتحلها الروح * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وقول ابن حبيب وربيعة في العظم الطاهر لا معنى له عندي الا ان يريد ان طول ظهوره ويبس رطوبته أو عدمها يقوم مقام الدباغ لسائرها وهذا حكم أنياب الفيل الذي لم يذك فأما اذا ذكي فقد قال الشيخ أبو بكر ينتفع بجلده وعظمه من غير دباغ بخلاف جلود السباع وعظامها يجوز الانتفاع بها اذا ذكيت من غير دباغ (فرع) وكره مالك أن يطبخ بعظام الميتة طعام أو شراب أو يسخن بها ماء الوضوء قال ابن حبيب كرهه فان فعل جاز أكل الطعام ولم ينجس الماء قال الشيخ أبو بكر انما كره ذلك لجواز أن يقع في القدر منها شيء فينجسه (مسئلة) الشعر والصوف والوبر لا ينجس بالموت زاد ابن حبيب عن مالك وكذلك الريش الذي لا سنخ له مثل الزغب وشبهه وبه قال أبو حنيفة غير انه استثنى شعر الكلب والخنزير وهو أحد قولي الشافعي وقوله الثاني ان ذلك كله ينجس بالموت وذلك مبني عندنا على أن الروح لا يحله والدليل على ما نقوله قوله تعالى وجعل لكم من جلود الانعام بيوتا تستخفونها يوم ظعنكم ويوم اقامتكم الى قوله ومتاعا الى حين فوجب أن الاستدلال من الآية عمومها ولم يفرق بين شعر الميتة وغيره منها ودليلنا من جهة القياس ان جز الشعر سبب لانقطاع الماء عن الشعر فلم ينجس بجزه قال الشيخ أبو بكر تجوز الخرازة بشعر الخنزير لانه ليس بنجس ولا روح فيه فيموت بعد ذلك منه بأن يؤخذ ذلك منه حال حياته أو بعد موته والله أعلم ص ﴿مالك عن يزيد بن عبد الله ابن قسيط عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن أمه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أن يستمتع بجلود الميتة اذا دبغت﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أن يستمتع بجلود الميتة اذا دبغت أمره هاهنا يصح أن يحمل على الوجوب والمنع من اتلاف ما يمكن الانتفاع به أو ما يصلح أن ينهك على اختلاف الناس في ذلك كما أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن اضاعة المال وترك الانتفاع به مع جواز ذلك من باب ما يقول ويحتمل أن يحمل على الوجوب بمنع تحريم ترك الانتفاع به تحريم له لان تحريم ما أحله الله محرم ويصح أن يحمل على الندب وهو أقل ما يحمل عليه على الصحيح من المذهب وهو قول أكثر شيوخنا وقد قال القاضي أبو الفرج من أصحابنا ان الاباحة أمر فعلى هذا يجوز أن يريد به اباحة الاستعمال لما بعد الدباغ والأول أظهر لان الامر بالفعل اقتضاء له ومنع من تركه على وجه ما هو أمر به وأما الاباحة الفعل فانها تعليق الفعل بمشيئة المأذون له فيه والله أعلم

(فصل) وقوله أن يستمتع بها يحتمل الاستعمال المعهود من مثلها ويحتمل أن يريد استعمالا عاما والاظهر من لفظ الاستمتاع انه ليس بتملك محض وانما هو انتفاع الى وقت أو على وجه مخصوص

(فصل) وقوله اذا دبغت شرط فى اباحة الاستمتاع ويمنع ذلك الاستمتاع بها قبل الدباغ عند القائلين بدليل الخطاب دون غيرهم ممن لا يقول به وقد تقدم من قول أصحابنا فى منع الانتفاع بها قبل الدباغ والله أعلم

﴿ ماجاء فيمن يضطر الى أكل الميتة ﴾

ص ﴿ مالك ان أحسن ماسمع فى الرجل المضطر الى الميتة انه يأكل منها حتى يشبع ويتزود منها فان وجد عنها غنى طرحها ﴾ ش وهذا كما قال وذلك ان الله تعالى حرم الميتة فلا يجوز أكل لحمها وهذا اللفظ اذا أطلق فى الشرع فانما ينطلق على غير المذكى وان كان المذكى ميتا فلا يجوز أكل الميتة لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والمعنى والله أعلم حرم عليكم أكلها وهذا مع الاختيار والسعة وأما مع الاضطرار فمن اضطر الى أكل الميتة جاز أن يأكل منها والاصل فى ذلك قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا الى قوله غفور رحيم وقوله تعالى فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم الآية فمن اضطر الى أكل الميتة أو الدم أو لحم الخنزير جاز له ذلك ووجه ذلك الآية المذكورة

(فصل) وقوله يأكل منها حتى يشبع ويتزود يريد ان اضطر الى أكلها واستباحتها بذلك فانه لا يقتصر على ما يرد رمقه منها بل يشبع منها الشبع التام ويتزود لانها مباحة له كما يمتنع من الطعام المباح فى حال وجود الطعام لما كان مباحا له وقال ابن حبيب انما يأكل منها ما يقيم رمقه ثم لا يأكل بعد ذلك حتى يصير من الضرورة الى حاله الأولى وبه قال عبد العزيز بن الماجشون وابنه ووجه ذلك ان الاباحة انما تثبت لحفظ النفس وذلك يوجد فيما دون الشبع فما زاد لا يتناول لحفظ النفس فكان ممنوعا منه (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون وحكاه القاضى أبو محمد محرمة عليه يومه وليلته ومن تعشى فهى محرمة عليه ليلته تلك واليوم بعدها ثم بعد ذلك ان وجد بنفسه قوة مضى على ذلك وان دخله ضعف وخاف الموت أو ما قارب به جاز له أن يأكل منها ما يرد نفسه وينهضه فى سفره وتعلق ابن حبيب فى ذلك بما روى عن الاوزاعى عن حسان بن عطية عن أبى واقد الليثى ان رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انا نكون بأرض تصيبنا فيها المخمصة فمتى تحل لنا الميتة فقال اذا لم تصطبحوا ولم تغتبقوا ولم تحتفوا بقلا فشأنكم بها قال عبد الملك يعنى بالاصطباح الغداء والاغتباق العشاء والاحتفاء جمع البقل وأكله وذلك يدل على انه لا يأكل الميتة ما وجد تعليلا من تبقل أو غيره يمسك نفسه ويؤمنه الموت ص ﴿ سئل مالك عن الرجل يضطر الى الميتة أيأكل منها وهو يجد ثمر القوم أو زرعا أو غنما بمكانه ذلك قال مالك ان ظن ان أهل ذلك الثمر أو الزرع أو الغنم يصدقونه بضرورته حتى لا يعد سارقا فتقطع يده رأيت أن يأكل من أى ذلك وجد ما يرد جوعه ولا يحمل منه شيأ وذلك أحب الى من أن يأكل الميتة وان هو خشى أن لا يصدقوه وان يعد سارقا بما أصاب من ذلك فان أكل الميتة خير له عندى وله فى أكل الميتة على هذا الوجه سعة مع انى أخاف أن يعدو عادٍ ممن لم يضطر الى الميتة يريد استجازة أخذ أموال الناس وزروعهم وثمارهم بذلك بدون اضطرار * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت ﴾ ش وهذا كما قال ان من اضطر الى أكل الميتة فوجدها ووجد

﴿ ماجاء فيمن يضطر الى أكل الميتة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك ان أحسن ما سمع فى الرجل يضطر الى الميتة انه يأكل منها حتى يشبع ويتزود منها فان وجد عنها غنى طرحها * وسئل مالك عن الرجل يضطر الى الميتة أيأكل منها وهو يجد ثمر القوم أو زرعا أو غنما بمكانه ذلك قال مالك ان ظن ان أهل ذلك الثمر أو الزرع أو الغنم يصدقونه بضرورته حتى لا يعد سارقا فتقطع يده رأيت أن يأكل من أى ذلك وجد ما يرد جوعه ولا يحمل منه شيأ وذلك أحب الى من أن يأكل الميتة وان هو خشى أن لا يصدقوه وان يعد سارقا بما أصاب من ذلك فان أكل الميتة خير له عندى وله فى أكل الميتة على هذا الوجه سعة مع أنى أخاف أن يعدو عاد ممن لم يضطر الى الميتة يريد استجازة أخذ أموال الناس وزروعهم وثمارهم بذلك بدون اضطرار * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت

مالا يمكن الوصول اليه فلا يخلو أن يكون مما لا قطع فيه كالثمر المعلق والزرع القائم ونحوه أو يكون مما فيه القطع اذا أخذ على وجه السرقة كالمال فى الحرز فان كان مما لا قطع فيه فقد قال مالك من رواية محمد عنه ان خفى ذلك فليأخذ منه وأما ان وجد ثمرا أو زرعا أو غنما القوم فظن أن يصدقوه ولا يعدوه سارقا فليأكل من ذلك أحب الى من الميتة فشرط فى المسئلة الأولى وهو فى الثمر المعلق أن يخفى له ذلك لمعنيين أحدهما أن يعلم أنه لا اثم عليه فى ذلك ولا شئ فيما بينه وبين الله وانما يجب أن يحترز فى ذلك من المخلوقين لنفسه فربما أوذى أو ضرب ضربا عنيفا ان علم به ولم يعذر بما يدعيه من الضرورة وشرط فى القسم الآخر أن يصدقوه وهو فى الثمر الذى قد آواه الى حرزه والزرع الذى حصد وأوى الى حرزه والغنم التى فى حرزها وهى التى أراد فى مسئلة الكتاب ولذلك قال انه ربما تقطع يده ولم يصدقوه ولم يشترط أن يخفى له ذلك لان أخذه على وجه التستر به هو الذى يعاقب عليه بالقطع فانما يجب أن يأخذه معلما ان علم أنهم يصدقونه وان لم يعلم ذلك فلا يتعرض الى أخذه على وجه الاستسرار لان ذلك يؤدى الى قطع يده والذى يأخذ من الثمر المعلق لا على وجه الاستسرار فذلك لا يوجب قطع يده

(فصل) وقوله فيما يجده من الثمر والزرع والغنم لغيره ان ظن أنهم يصدقونه فانه يأكل منه ما يرد جوعه ولا يحمل منه شيأ وفرق بين أكله من هذا وبين أكله من الميتة ففى الميتة قال يشبع ويتزود وقال فى هذا يأكل ما يرد جوعه ولا يتزود ووجه ذلك ان هذا مال لغيره فهو ممنوع منه لحق الله ولحق مالكه فليس له أن يأخذ منه الا بقدر ما يرد به رمقه وأما الميتة فليست بمال لغيره وانما هى ممنوعة لحق الله تعالى وحقوق الله تعالى اذا استبيحت للضرورة تجاوزت الرخصة فيها مواضع الضرورة وحقوق الآدميين لا تتجاوز مواضع الحاجة والضرورة وهذا الفرق على رواية الموطأ ورواية ابن المواز وأما على رواية ابن حبيب وهى الرواية الثانية عن مالك فلا فرق بينهما

(فصل) وقوله وذلك أحب الى من أن يأكل الميتة يريد ان ما أكله من الثمر أو الزرع مباح العين وانما هو ممنوع منه لحق الغير واذا بلغت الضرورة منه الى استباحة الميتة فقد لزم صاحب هذا الثمر أو الزرع أن يعطيه منه ما يرد به رمقه ان لم يكن عنده ثمن أو يبيعه منه ان كان عنده ثمن فاذا أخذ بقدر ذلك فقد بلغ به حقه وكان مباحا له من الوجهين من جهة انه مباح فى نفسه ومن جهة انه قد لزم صاحبه تسليمه اليه وأما الميتة فليست بمباحة فى نفسها فكان أكل هذا الطعام الذى هو مباح فى نفسه أولى

(فصل) وقوله وان هو خشى أن لا يصدقوه وأن يعدوه سارقا فان أكل الميتة خير له عندى يريد انه ان خاف أن يعدوه سارقا بأخذه اياه على وجه الاستتار من الحرز فيجب عليه بذلك القطع فأكل الميتة أولى ولا يحل له أن يتعرض لما يوجب قطع يده وأضاف ذلك الى رأيه وفتواه اما لانه لم ير فيه نصا لغيره أو لانه قول اختاره من أقوال العلماء قبله

(فصل) وقوله مع انى أخاف أن يعدو عاد ممن لم يضطر الى أكل الميتة يريد استجازة أخذ أموال الناس وزروعهم وثمارهم بذلك أظهر لمنعه من ذلك علة أخرى وهى أن ما يدعيه هذا من الضرورة أمر لا يعلم الا من جهته وبقوله فى الأغلب ولو شرع هذا للناس لتسبب أهل الظلم والعدوان الى أخذ أموال الناس وزروعهم وثمارهم فاذا ظهر عليهم وظفر بهم ادعوا الضرورة فوجب سد هذا الباب ووجب على هذا المضطر أن يأكل الميتة ولا يتعرض لهذا الوجه الذى لا يخلو من أن يتهم فيه ولو

صدق فيه لتسبب به غيره فهو ليس بصادق ولا يعرف كذبه كما لا يعرف صدق هذا الذي ادعى الضرورة الى أكل زروع الناس وثمارهم (مسئلة) وانما خص مالك في هذه المسئلة أن يحرز الزرع والثمر والماشية دون سائر أنواع الاموال لان هذه أوما كان من جنسها ينتفع المضطر بوجودها وأما ما كان من غير جنسها من الاموال كالثياب والعين فلا منفعة له فيها لانه لا يمكنه أكلها فلا يجوز له أن يأخذ شيأ منها سواء وجد ميتة أو لم يجدها وان كان بموضع يجد به من يشترى منه الثياب أو يبيعه طعاما بالدنانير والدراهم لما جاز له أكل الميتة ولا أخذ مال غيره بل يجب عليه أن يظهر ضرورته ويسأل فان وهب ان لم يكن عنده ثمن أو بيع منه ان كان عنده ثمن والا جاز له قتالهم بمنزلة منعه الماء من كتاب ابن المواز وفي المبسوط روى ابن وهب عن مالك من خاف من السباع فجاع فتضيف قوما فأبوا أن يضيفوه فلا يتضيفهم الا برضاهم وليأكل الميتة وليكف عنهم وعن أموالهم الا مالا قطع فيه يريد بأموالهم ما ليس بطعام وقد أورد ابن حبيب هذه المسئلة إيرادا حسنا فبينها واختصرها فقال قال مالك من نزلت به مخمصة خاف منها على نفسه وهو بمكان فيه مال مسلم يمكنه الأكل منه فما كان من الثمار في رؤس النخل لا قطع فيه فليأكل منها ما يرد نفسه ثم يكف ولا يأكل الميتة وان كانت الثمار قد أحرزت فليأكل الميتة ولا يأكل منها الا باذن صاحبها وما كان من الاموال من غير الثمار فانه يأكل الميتة لا يأكل منها شيأ قال عبد الملك وهذا اذا وجد ميتة فان لم يجدها وخاف الموت جاز له أن يأكل من أى ذلك وجد من مال المسلم وان حضر صاحب المال فحق عليه أن يأذن له في الأكل منه فان منعه فجائز للذى خاف الموت أن يقاتله حتى يصل الى أكل ما يرد به نفسه (فرع) * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى أن يدعوه أولا الى أن يبيعه منه بثمن في ذمته ويعرفه بضرورته فان أبى لم يستطعمه فان أبى أعلمه بأنه يقاتله عليه وليس له أخذه ابتداء بغير عوض خلافا لمن قال بذلك قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك ان ذمة الانسان بدل من ماله ولو كان له مال لم يجز أن يأخذ الا بعوض فكذلك ما يعاض منه (فرع) واذا أكل المضطر الى الميتة مال غيره فقد قال الشيخ أبو القاسم يأكل منه ويضمن وقيل لا ضمان عليه فيما اضطر اليه . وجه القول الاول انه أتلف مالا لغيره لمنفعة نفسه فكانت عليه قيمته كغير المضطر فان اضطراره انما يتعلق باباحة أكله دون إسقاط عوضه ووجه القول الثاني انه مال جاز له اتلافه من غير اذن فلم يلزمه ضمانه أصل ذلك المباح الذى لا مالك لاحد عليه (مسئلة) ومن وجد ميتة وصيدا وهو محرم أكل الميتة ولم يذك الصيد لان بذكاته يكون ميتة وقتله محرم حال احرامه وقال محمد بن عبد الحكم لو نابنى ذلك لأكلت الصيد وان وجدت ميتة وخنزيرا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والأظهر عندى أن يأكل الميتة ويمتنع من الخنزير لانه ميتة مع انه لا يستباح بوجه ولا يجوز للمضطر أكل لحم بنى آدم وان خاف خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ان من لا يجوز له قتله لحفظ نفسه فانه لا يجوز له أكل لحمه أصله أكل لحمه ميتا (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان العادم للطعام المضطر الى أكل الميتة أكثر ما يكون ذلك في السفر والقفر على ما ذكرناه وقاله ابن حبيب وأما في الحواضر والمدن فليسأل في ذلك ولا يخلو السفر من أن يكون سفرا مباحا أو سفرا محرما أو سفرا مكروها فأما السفر المباح فهو الذى يجوز له أن يترخص فيه بأكل الميتة وأما السفر المحرم فالمشهور من مذهب مالك انه لا يجوز له ذلك ففرق بينه وبين القصر والفطر في سفر المعصية وروى زياد بن عبد الرحمن الأندلسى أن العاصي في سفره يقصر الصلاة ويفطر في رمضان

فسوى بين ذلك كله وهو قول أبي حنيفة وقال ابن حبيب ومالك لا يحل له أكل الميتة من ضرورة وبه قال الشافعي وجه القول الاول قوله تعالى ولا تقتلوا أنفسكم الآية ولانه لا خلاف انه لا يجوز له قتل نفسه بالامساك عن الأكل وانه مأمور بالأكل على وجه الوجوب ومن كان في سفر معصية لا يسقط عنه الفروض الواجبة من الصوم والصلاة بل يلزمه الاتيان بها فكذلك ماذكرناه ووجه القول الثاني ان هذه المعاني على التخفيف والعون على الاسفار المباحة لحاجة الانسان اليها فلا يباح له أن يستعين بها على المعاصي وله سبيل الى أن لا يقتل نفسه قال ابن حبيب وذلك بان يتوب ثم يتناول لحم الميتة بعد توبته وقد تعلق ابن حبيب في ذلك بقوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه الآية فاشترط في استباحة الميتة للضرورة أن لا يكون باغيا والمسافر على وجه الحرابة أو قطع رحم أو طالب إثم باغ ومتعد فلم يوجد فيه شرط الاباحة والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن اضطر الى شرب الخمر لجوع أو عطش حيث يجوز له أن يترخص بأكل الميتة فهل له أن يشربها روى ابن القاسم عن مالك في العتبية لا يشربها ولن تزيده إلا عطشا قال الشيخ أبو بكر في شرحه لا يشرب الخمر لانها لا تروى من عطش ولا تغني من جوع فيما يقال وأما ان كانت تشبع أو تروى فلا بأس أن يشربها عند الضرورة كالميتة وفي النوادر ذكر عن ابن حبيب فيمن غص وخاف على نفسه ان له أن يسيغها بالخمر وقاله أبو الفرج وروى أصبغ عن ابن القاسم يشرب المضطر الدم ولا يشرب الخمر ويأكل الميتة ولا يقرب ضوال الابل وقاله ابن وهب (مسئلة) وأما التداوي فالمشهور من المذهب انه لا يحل ذلك وقال ابن سحنون لا بأس أن يداوي جرحه بعظام الأنعام المذكاة ولا يداوى به بعظام ميتة أو بعظم انسان أو خنزير ولا بعظم ما لا يحل أكله من الدواب وفي العتبية عن مالك في المرتك يصنع من عظام الميتة ان جعل في قرحة أو جرح فلا يصلى به حتى يغسل وقال ابن حبيب ان صلى به لم يكن ممن صلى بنجاسة للنار التي أحرقته وقد خفف ابن الماجشون أن يصلى فاذا قلنا انه لا يجوز التداوي بها ويجوز استعمالها للضرورة فالفرق بين التداوي وبين الأكل والشرب للضرورة ما قاله وذلك ان التداوي لا يتيقن البرء به فلم يجز أن يستعمل المحظور فيه وأما الأكل والشرب للجوع والعطش فانه يتيقن البرء به فلذلك جاز استعماله وظاهر قول مالك في العتبية في التداوي بالمرتك من عظام الميتة مع منعه من الصلاة يحتمل ثلاثة أوجه أحدها انها رواية عنه في التداوي بما لا يحل استعماله إلا للضرورة والوجه الثاني انه انما أباح في ذلك ما فيه الخلاف وذلك أن ابن الماجشون جعل ذلك طاهرا وأما ما لا خلاف في نجاسته فلا يجوز ذلك فيه والوجه الثالث انه انما وقع الخلاف في استعماله خارج البدن فجوزه مالك ومنعه ابن سحنون وأما شربه فيحرم على الوجهين وقول ابن حبيب ان النار تطهر عظام الميتة خلاف المذهب لان العظم نجس العين وما نجس لعينه لم يطهر بوجه وما تنجس بمجاورة لا يطهر الا بالماء وما رواه عن ابن الماجشون مما انفرد به عبد الملك والله أعلم وأحكم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الأشربة ﴾

﴿ الحد في الخمر ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد انه أخبره أن عمر بن الخطاب خرج عليهم فقال

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿ كتاب الاشربة ﴾
﴿ الحد في الخمر ﴾
﴿ وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن السائب ابن يزيد انه أخبره ان عمر ابن الخطاب خرج عليهم فقال

انى وجدت من فلان ريح شراب فزعم انه شراب الطلاء وأنا سائل عما شرب فان كان يسكر جلدته فجلده عمر الحد تاما * ش قوله ان عمر بن الخطاب خرج عليهم يريد على المسلمين فقال انى وجدت من فلان ريح شراب وفلان هذا يقال انه ابنه فروى معمر عن الزهرى هذا الحديث فقال انى وجدت من عبيد الله ريح شراب والأصح انه ابنه عبد الرحمن الأوسط وكان له ثلاثة بنين كلهم يسمى عبد الرحمن أكبرهم يقال انه أدرك النبى صلى الله عليه وسلم والثانى هو أبو شحمة المجلود فى الخمر والثالث وهو أصغرهم جد عبد الرحمن بن المجبر

(فصل) وقوله وجدت ريح شراب اسم الشراب ينطلق من جهة اللغة على كل مشروب مسكر وغيره وانما وجد عمر بن الخطاب رضى الله عنه من الشارب ريح شراب ولم يتميز له هل هو ريح مسكر أو غيره ولو تميز له انه ريح شراب مسكر لما احتاج أن يسأل عنه ان كان مسكرا أولا وقد اختلف الفقهاء فى وجوب الحد بالرائحة فذهب مالك وجماعة أصحابه الى أن الحد يجب على من وجد فيه ريح المسكر ومنع من ذلك أبو حنيفة والشافعى وقالا لا حد عليه والدليل على ما ذهب اليه مالك وأصحابه ما روى عن السائب بن يزيد انه حضر عمر بن الخطاب وهو يجلد رجلا وجد منه ريح شراب فجلده الحد تاما فوجه الدليل من ذلك أن عمر بن الخطاب حكم بهذا وكان ممن تشتهر قضاياه وتنتشر ويتحدث بها وتنقل الى الآفاق ولم ينقل خلاف عليه فثبت انه اجماع ودليلنا من جهة المعنى ان هذا معنى تعلم به صفة ما شرب به المكلف وجنسه فوجب أن يكون طريقا الى اثبات الحد أصل ذلك الرؤية لما شرب به بل الرائحة أقوى فى حال المشروب من الرؤية لان الرؤية لا يعلم بها الشراب أمسكر هو أم لا وانما يعلم ذلك برائحته اذا ثبت ذلك ففى هذا ثلاثة أبواب * الباب الأول فيمن يجب استنكاهه ممن لا يجب ذلك فيه * الباب الثانى فيمن يثبت ذلك بشهادته * الباب الثالث فيما يجب فى ذلك اذا تيقنت رائحة المسكر أو أشكلت

الباب الأول فيمن يجب استنكاهه

وذلك بان يرى الحاكم منه تخليطا فى قول أو مشى شبه السكران ففى الموازية من رواية أصبغ عن ابن القاسم انه اذا رأى ذلك منه أمر باستنكاهه قال لانه قد بلغ الى الحكم فلا يسعه الا تحقيقه فاذا ثبت الحد أقامه (مسئلة) وكذلك لو شم منه رائحة ينكرها أو أخبره بحضرته من ينكرها منه * قال القاضى أبو الوليد فعندى انه قد تعين عليه استنكاهه وتحقيق حاله لان هذه صفة ينكر بها حاله فيجب اختباره وتحقق حاله كالتخليط فى الكلام والمشى والله أعلم (مسئلة) فان لم يظهر منه شئ من هذه الأحوال يريد التخليط فى القول والمشى لم يستنكهه رواه أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية والموازية قال ولا يتجسس عليه ووجه ذلك أنه لم يرريبة ولا خروجا عن أحوال الناس المعتادة ولا يجوز التعرض لهم من غير ريبة

الباب الثانى فيمن يثبت ذلك بشهادته

فأما من ثبت ذلك بشهادته فانه يحتاج الى معرفة صفتهم وعددهم فأما صفتهم فقد قال القاضى أبو الحسن فى كتابه ان صفة الشاهدين على الرائحة أن يكونا ممن خبر شربها فى وقت اما فى حال كفرهما أو شربا ها فى اسلامهما فجلدا ثم تابا حتى يكونا ممن يعرف الخمر بريحها * قال القاضى أبو الوليد وهذا عندى فيه نظر لأن من هذه صفته معدوم أو قليل ولو لم تثبت الرائحة الا بشهادة من هذه صفته لبطلت الشهادة فيها فى الاغلب ووجه ثان وهو أنه قد يكون ممن لم يشرب قط ولكن يعرف رائحتها معرفة

انى وجدت من فلان ريح شراب فزعم انه شراب الطلاء وأنا سائل عما شرب فان كان يسكر جلدته فجلده عمر الحد تاما

صحيحة بأن يخبره عنها المرة بعد المرة من قد شرب بها أنها هى رائحة الخمر حتى يعرف ذلك كما يعرفها الذى قد شربها (مسئلة) وأما العدد فلا يخلو أن يكون الحاكم أمر الشهود بالاستنكاه أو فعلوا هم ذلك ابتداء فان كان الحاكم أمرهم بذلك فقد روى ابن حبيب عن أصبغ أنه استحب أن يأمر شاهدين فان لم يكن الا واحد وجب به الحد وأما ان كان الشهود فعلوا ذلك من قبل أنفسهم فلا يجزى أقل من اثنين كالشهادة على الشرب وقد روى ابن وهب عن مالك أنه ان لم يكن مع الحاكم الا واحد فليرفعه الى من هو فوقه وما رواه ابن حبيب عن أصبغ مبنى عندى على أن الحاكم يحكم بعامه فلذلك جاز عنده علم من استناب والا فقد يجب أن لا يجزى ذلك حتى يشهد عنده فيه شاهدان

﴿ الباب الثالث فيما يجب بشهادة الاستنكاه ﴾

أما شهادة الاستنكاه فلا يخلو أن يكون الشهود متيقنين للرائحة أو شاكين فان كانوا متيقنين للرائحة فلا يخلو أن يتفقوا على أنها رائحة المسكر أو على انها رائحة غير مسكر أو يختلفوا فى ذلك فان اتفقوا على أنها غير رائحة مسكر فلا نعلم فى المذهب خلافا فى ترك وجوب الحد فان اتفقوا على انها رائحة مسكر وجب عليه الحد وان اختلفوا فقال بعضهم هى رائحة مسكر وقال آخرون ليست برائحة مسكر فقد قال ابن حبيب اذا اجتمع منهم اثنان على أنها رائحة مسكر حد ووجه ذلك أن الشهادة قد قامت وكملت باجتماع شاهدين على أنها رائحة مسكر فلا يؤثر فى ذلك نفى من نفى مقتضاها كما لو شهد شاهدان رأيناه يشرب خمرا وقال شاهدان آخران لم يشرب خمرا (مسئلة) فان شك الشهود فى الرائحة هل هى رائحة مسكر أو غير مسكر نظرت حاله فان كان من أهل السفه نكل وان كان من أهل العدل خلى سبيله حكاه ابن القاسم فى العتبية والموازية عن مالك ووجه ذلك أن من عرف بالسفه والشرب والتخليط وخيف أن يكون ماشك فيه مما حرم عليه وجب أن يزجر عن التشبه بذلك لئلا يتطرق بذلك الى اظهار معصية وأما من كان من أهل العدل فتبعد عنه الريبة (فرع) اذا ثبت ذلك فان الحد يتعلق بما يقع به الفطر من جواز الشراب الفم الى الحلق

(فصل) وقوله فزعم انه شرب الطلاء دليل على أن عمر بن الخطاب لم يتيقن ذلك ولا تحقق هل هو ريح مسكر أو غيره ويحتمل أن يكون لم يعرف الطلاء فأراد أن يسأل عنه ولم يعوّل على اقراره أنه لم يشرب غير ذلك ويحتمل أن يكون عرف الطلاء ولم يعرف صدقه فى كونه طلاء لا يسكر فأراد أن يسأل عنه ويتوصل الى معرفة ذلك اما باستنكاهه أو بالنظر الى بقيته وشمه ان كانت بقيت منه بقية

(فصل) وقوله فان كان يسكر جلدته ظاهر فى أن ما يسكر عندهم يجب به عندهم الحد وان لم يبلغ الشارب حد السكر ولو بلغ حد السكر لم يحتج الى السؤال عن الشارب لأنه انما ذكر الجنس ولم يذكر المقدار ولو اعتبر ذلك بالمقدار لقال انه شرب يسيرا من الطلاء وأنا سائل عن ذلك المقدار ولما لم يقل ذلك وعلق حكم الحد على الجنس علم أنه اعتبر به دون غيره

(فصل) وقوله فجلده عمر بن الخطاب الحد تاما يريد أنه جلده جلد الخمر ولم يعزره على ما قاله بعض العلماء انه يعزر ويعاقب وينكل اذا أشكل أمره وتعلقت التهمة به ص ﴿ مالك عن ثور ابن زيد الديلى أن عمر بن الخطاب استشار فى الخمر يشربها الرجل فقال له على بن أبى طالب نرى أن تجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى أو كما قال فجلده عمر بن الخطاب فى الخمر ثمانين ﴾ ش قوله أن عمر بن الخطاب استشار فى الخمر يشربها الرجل وجواب على يدل على أنه انما استشار فى قدر الحد وانما كان ذلك لأن الاصح أنه لم يتقرر فى زمن النبى صلى الله

* وحدثنى عن مالك عن ثور بن زيد الديلى أن عمر ابن الخطاب استشار فى الخمر يشربها الرجل فقال له على بن أبى طالب نرى أن تجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى أو كما قال فجلد عمر فى الخمر ثمانين •

عليه وسلم بمعنى أنه لم يحد فيه حدا بقول يعلم لا يزاد عليه ولا ينقص عنه وانما كان يضرب مقدار ما قدرته الصحابة واختلفوا في تقديره يدل على ذلك ما روى عن على بن أبي طالب رضى الله عنه أنه قال ما من رجل أقمت عليه حدا فمات فأجد في نفسي منه شيأ الا شارب الخمر فانه ان مات فيه وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبينه ومعنى ذلك أنه لم يحده بقول يحصره و يمنع الزيادة فيه والنقص منه فحدوه باجتهادهم و روى أنس أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحوا من أربعين وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر وقد تقدم من قول على بن أبي طالب أنه قال اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى فقاسه على المفترى واستدل أن ذلك حكمه والى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة أن حد شارب الخمر ثمانون وقال الشافعي أربعون والدليل على ما نقوله ما روى من الاحاديث الدالة على انه لم يكن من النبي صلى الله عليه وسلم نص في ذلك على تحديد وكان الناس على ذلك ثم وقع الاجتهاد في ذلك في زمن عمر بن الخطاب ولم يوجد عند أحد منهم نص على تحديد وذلك من أقوى الدليل على عدم النص فيه لأنه لا يصح أن يكون فيه نص باق حكمه و يذهب على الامة لأن ذلك كان يكون اجماعا منهم على الخطأ ولا يجوز ذلك على الامة ثم أجمعوا واتفقوا أن الحد ثمانون وحكم بذلك على ملأ منهم ولم يعلم لاحد فيه مخالفة فثبت أنه اجماع ودليلنا من جهة القياس أن هذا حد في معصية فلم يكن أقل من ثمانين كحد الفرية والزنى

(فصل) وقوله فجلد عمر في الخمر ثمانين يريد والله أعلم أن جميعها حد وهو المفهوم من قولهم جلد في الزنى مائة وفي الفرية ثمانين وقال بعض أصحاب الشافعي انه انما جلد الأربعين تعزيرا والجواب ان الظاهر ما ذكرناه فلا يعدل عنه الا بدليل وجواب ثان وهو انما ورد جواب على رضى الله عنه على سؤال عمر فيما يجب عليه من الحد فأجابه بثمانين وقاسه على حد الفرية وذلك يقتضى انها حد كلها وقال له عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أخف الحدود ثمانون فأخذ عمر بقولهما وهذا يقتضى انه ضرب الثمانين كلها حدا وقد روى ابن المواز ان عمر بن الخطاب جلد قدامة في الخمر ثمانين وزاده ثلاثين وقال له هذا تأويل لكتاب الله على غير تأويله وفي ذلك خمسة أبواب * الباب الأول في صفة الشهادة التى يثبت بها الحد * والباب الثانى في صفة الضرب وصفة ما يضرب به * والباب الثالث فيما يضاف الى الحد * والباب الرابع في تكرار الحد * والباب الخامس فيما يسقط الحد

﴿ الباب الأول في صفة الشهادة ﴾

أما الشهادة التى يثبت بها الحد فهو أن يشهد شاهدان انه شرب المسكر اما بمعاينة ذلك أو باقراره به على نفسه أو بشم رائحة ذلك منه على ما تقدم ولو شهدا انه قاء خمرا لوجب عليه الحد لانه لا يقيئها حتى يشربها وقد روى نحو هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه (مسئلة) فان شهد شاهد انه شرب خمرا وشهد آخر انه شرب مسكرا جلد الحد رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك انهما قد شهدا انه شرب مسكرا الان اسم الخمر لا يقع الا على مسكر وعندنا أن كل مسكر حرام فاذا شهد أحدهما على انه شرب خمرا وشهد آخر على انه شرب مسكرا فقد اتفقا على انه شرب خمرا وعلى انه شرب مسكرا الان كل خمر مسكر وكل مسكر خمر فقد اتفقا في المعنى فلا اعتبار بخلاف الألفاظ

﴿ الباب الثانى في صفة الضرب وما يضرب به ﴾

روى ابن المواز انه لا يتولى ضرب الحد قوى ولا ضعيف ولكن رجل وسط من الرجال وروى عن

مالك انه يضرب ضرباً بين اثنين ليس بالخفيف ولا الموجع وقال مالك كنت أسمع انه يختار له العدل وروى ابن المواز انه يضرب على الظهر والكتفين دون سائر الأعضاء ويكون المحدود قاعداً لا يربط ولا يمد وتحل له يداه قاله مالك فى العتبية ويجرد الرجل للضرب ويترك على المرأة ما يستر جسدها ولا يقيها الضرب (مسئلة) ويضرب بسوط بين سوطين ولا يقام حد الخمر الا بالسوط قال أبو زيد عن ابن القاسم فان ضرب بالدرة على ظهره أجزأه وما هو بالبين وجه القول الأول انه حد فلا يقام الا بالسوط أصل ذلك حد الزنا ووجه الرواية الثانية ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر بالجريد والنعال

﴿ الباب الثالث فيما يضاف الى الحد ﴾

هل يضاف اليه حلق الرأس أم لا روى أشهب عن مالك فى العتبية لا يحلق رجل ولا امرأة فى الخمر ولا القذف لأن حلق الرأس تمثيل وزيادة على الحد من غير جنسه فلم يلزم ذلك كما لا يلزم حلق لحيته ولا غير ذلك من وجوه التمثيل ولان النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة بعده قد حدوا فى الخمر والفرية ولم يرو عن أحد منهم انه مثل بالمحدود (مسئلة) وهل يطاف بشارب الخمر قال ابن حبيب لا يطاف به ولا يسجن الا المدمن المعتاد المشهور بالفسق فلا بأس أن يطاف به ويفضح ومثل ذلك روى أشهب عن مالك فى العتبية ووجه ذلك انه اذا بلغ هذا الحد من الفسق والفجور فواجب أن يفضح لان فى ذلك ردعاً له واذلالاً له فيما هو فيه واعلاماً للناس بحاله فلا يغتر به أحد من أهل الفضل والتصاون فى نكاح ولا غيره وأما السجن فقد قال ابن حبيب واستحب مالك المدمن من الخمر المشهور بالفسق أن يلزم السجن وقال ابن الماجشون فى العتبية من أقيم عليه حد الخمر أو غيره من الحدود ما كان فليخل سبيله ولا يسجن وجه قول مالك ان فى الزامه السجن منعاً له مما لم ينته عنه بالحد وكف الاذاء عن الناس لان فى اعلانه بالمعاصى أذى للناس وأهل الدين والفضل ووجه قول ابن الماجشون ان الحد فى جميع ما يجب عليه بشرب الخمر أو الزنا فاما السجن فلا يجب ذلك عليه بفعله وانما يجب عليه بادمان أو غيره من الاعلان بالفسق والله أعلم

﴿ الباب الرابع فى تكرر الحد ﴾

فاذا تكرر من الرجل شرب الخمر لزمه حد واحد فان شرب به بعد ذلك لزمه حد آخر قاله مالك وأصحابه ولا نعلم فى ذلك خلافاً بينهم وذلك أن هذا حكم سائر الحدود وحقوق الله تعالى فانه من زنى مراراً فانما يقام عليه حد واحد ثم ان زنى بعد ذلك أقيم عليه الحد لان الحد زجر عما تقدم من فعله قل ذلك أو كثر تمنع عن مثله فى المستقبل لان الحدود موانع عن معاصى الله تعالى فاذا أقيم عليه ذلك ثم أوقعها بعد الحد لزم أن يقام عليه الحد ثانية سواء واقع بعد الحد مرة أو مراراً لانه يحتاج من الزجر على ما أتى منه بعد الحد الى مثل ما احتاج اليه منه فيما أتاه قبل الحد (مسئلة) اذا ثبت ان الحدود التى سببها من جنس واحد تتداخل كحد الخمر وحد الزنا وحد القذف فان كان الحدان بسببهما من جنس مثل حد الخمر وحد القذف أو حد القذف أو حد الزنى فلا يخلو أن يكون عدد الحدين سواء أو مختلفا فان تساويا كحد الخمر وحد القذف فانهما يتداخلان قاله مالك قال ابن القاسم وسواء اجتمعا أو افترقا ووجه ذلك انهما حدان عددهما وجنسهما واحد فوجب أن يتداخلا كما لو كان سببهما واحداً وأما اذا كان عددهما يختلف مثل أن يزنى ويقذف فقد اختلف أصحابنا فيه فقال ابن الماجشون يجزئ أكثرهما عن أقلهما وقال ابن القاسم لا يجزى أحدهما عن الآخر ولا بد من اقامتهما وجه قول ابن الماجشون

أن هذين حدان من جنس واحد فوجب أن يتداخلا أصل ذلك اذا كان عددهما واحدا ووجه قول ابن القاسم ان هذين حدان يختلف عددهما فلا يتداخلان كما لو كانا من جنسين مختلفين

﴿ الباب الخامس فيما يسقط الحد عن شارب الخمر ﴾

وذلك كالأعجمي الذي دخل في الاسلام ولم يعلم تحريم الخمر فلا عذر له في ذلك ويقام عليه الحد رواه ابن المواز عن مالك وأصحابه الا ابن وهب فان أباز يد روى عنه انه اذا كان البدوي الذي لم يقرأ الكتاب ولم يعلمه ويجهل مثل هذا فانه لا يحد ويعذر قال ابن المواز واحتج مالك لذلك بأن الاسلام قد فشا ولا أحد يجهل شيأ من الحدود (مسئلة) ومن تأول في المسكر من غير الخمر انه حلال فلا عذر له في ذلك وعليه الحد رواه ابن المواز عن مالك وأصحابه ولعل هذا انما هو فيمن ليس من أهل الاجتهاد وأما من كان من أهل الاجتهاد والعلم فالصواب انه لا حد عليه الا ان يسكر منه وقد جالس مالك سفيان الثوري وغيره من الأئمة ممن كان يرى شرب النبيذ مباحا فما أقام على أحد منهم الحد ولا دعا اليه مع اقرارهم بشربه وتظاهرهم ومناظرتهم فيه وقد روى عن مالك انه قال ما ورد علينا مشرقي مثل سفيان الثوري اما انه آخر ما فارقني على أن لا يشرب النبيذ وهذا يقتضي انه لم يفارقه قبل ذلك على هذا ولكنه لما تكررت مناظرته له فيه وتبين له وجه الصواب فيما قاله مالك اعتقد انه لا يعاود شربه (مسئلة) ومن شرب الخمر ثم تاب لم تسقط عنه توبته الحد وروى عن الشافعي ان توبته تسقط عنه الحد ص ﴿مالك عن ابن شهاب انه سئل عن حد العبد في الخمر فقال بلغني ان عليه نصف حد الحر في الخمر وان عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف حد الحر في الخمر ﴾ ش قوله ان على العبد نصف حد الحر في الخمر يريد أربعين جلدة لانه حد منتهاه الثمانون كحد الفرية لان الحر يجلد في القذف ثمانين ويجلد أربعين فكذلك من شرب الخمر (فصل) وقوله وان عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف جلد الحر في الخمر وعمر بن الخطاب أمير المؤمنين وكذلك عثمان ويحتمل أن يكونا أقاما الحد على عبيدهما في امارتهما فيكون لهما ذلك بحق الامامة وأما عبد الله بن عمر فلم يقم الحد على عبيده الا بملكه لهم وفي ذلك بابان * الأول منهما في صفة من يقيم الحد * والثاني في صفة من يقام عليه

(الباب الأول في صفة من يقيم الحد)

يقيمه على الأحرار السلطان قال محمد بن عبد الحكم وأحب الى أن يضرب الحدود بين يدي القاضي لئلا يتعدى فيها وهذا في الحر وأما العبد فلا بأس أن يقيم عليه سيده الحد اذا كان الحد جلدا قاله مالك وأصحابه وكذلك في حد الخمر اذا شهد عليه شاهدان غير سيده وسواء كان السيد ذكرا أو أنثى وهذا اذا كان العبد ذكرا فاما ان كانت أمة جاز للسيد أن يقيم عليها الحد اذا لم يكن لها زوج أو كان زوجها عبده فان كان زوجها غير عبده فقد قال مالك ليس للسيد اقامة الحد عليها وانما ذلك لحرمة الزوج قال وعسى أن يعتق ولده منها فيقذفوا بامهم

(الباب الثاني في صفة المحدود)

قد تقدم انه ان كان حرا فحده ثمانون وان كان عبدا فحده أربعون لان هذا حد يجلد فيه الحر أربعين كحد القذف (مسئلة) فان كان شارب الخمر سكرانا فقد قال ابن القاسم لا يضرب وهو سكران وان كان خشي أن يأتيه فيه شفاعة تبطل حق الله فليضرب به في حال سكره ووجه ذلك ان الحد للردع والزجر والسكران لا يذكر ما يجرى عليه فلا يكون له فيه ردع (مسئلة) فان كان

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب انه سئل عن حد العبد في الخمر فقال بلغني ان عليه نصف حد الحر في الخمر وأن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف حد الحر في الخمر

صحيحا مجمل جلده وان كان مريضا أخر حتى يفيق وكذلك المرأة تدعي انها حامل قال مالك لا يعجل عليها حتى يتبين أمرها فان تبين ان ليس لها حمل أقيم عليها الحد وان تبين ان بها حملا أخرت حتى تضع واستؤجر لولدها من يرضعه ان كان له مال وأقيم عليها الحد في زنا أو سرقة أو قذف أو شرب خمر أو قصاص ووجه ذلك ان هذه معان يرجى قرب زوالها وبرؤها منها وأما الكبر والهرم أو الضعف عن حمل الحد قال مالك يجلد ولا يؤخر اذ ليس لافاقتهم وقت يؤخرون اليه ص * مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول ما من شئ الا يحب الله أن يعفى عنه مالم يكن حدا * ش قوله ما من شئ الا يحب الله أن يعفى عنه مالم يكن حدا يحتمل معنيين أحدهما أن يريد ان الحدود اذا بلغت الامام أو من يقوم مقامه من شرطه فانه لا يجوز للامام العفو عنه ولا الستر له * والوجه الثاني ان يريد بذلك ان من الحدود ما لا يجوز لصاحبها العفو عنها بعد بلوغها الامام كحد القذف فقد اختلف قول مالك في ذلك وسيأتي في كتاب حد القذف مبينا ان شاء الله تعالى ص * قال مالك السنة عندنا ان كل من شرب شرابا مسكرا فسكر أو لم يسكر فقد وجب عليه الحد * ش وهذا كما قال ان من شرب مسكرا أي نوع كان من الأنواع المسكرة من عنب كانت أو من غير عنب مطبوخا كان أو غير مطبوخ قليلا شرب منه أو كثيرا فقد وجب عليه الحد سكر أو لم يسكر هذا مذهب أهل المدينة مالك وغيره وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ما خرج من النخل والكرم فقليله وكثيره حرام مالم يطبخ وطبخه ان يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه وما عدا ما يخرج من النخل والكرم فهو حلال من غير طبخ الا ان المسكر منه محرم وهذه المسئلة قد كاد أصحاب أبي حنيفة يجحدونها ولا يرون المناظرة فيها ويقولون ان السائل عنها انما يذهب الى التشنيع والتوبيخ وذلك انهم لطول الأمد ووصول الأدلة اليهم وتكررها عليهم تبين لهم ما فيها الا انهم مع ذلك يدونونها في كتبهم بألفاظ ليس فيها ذلك التصريح ويتأولونها على أوجه تخفف أمرها عندهم ولنا في هذه المسئلة طريقان أحدهما اثبات اسم الخمر لكل مسكر والثاني اثبات تحريم كل شراب مسكر * فأما الأول فان مذهب مالك والشافعي ان اسم الخمر يقع على كل شراب مسكر من عنب كان أو من غيره وقال أبو حنيفة انما الخمر اسم المسكر من عصير العنب مالم يطبخ الطبخ المذكور والدليل على ما نقوله ما روى عن ابن عمر انه قال خطب عمر على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نزل تحريم الخمر وهي من خمسة أشياء العنب والتمر والحنطة والشعير والعسل والخمر ما خامر العقل فوجه الدليل من هذا الخبر ان عمر ابن الخطاب قال ان الخمر يكون من هذه الخمسة الأشياء وعمر بن الخطاب من أهل اللسان فلو انفرد بهذا القول لاحتج بقوله فكيف وقد خطب بذلك بحضرة قريش والعرب والعجم وسائر المسلمين فلم ينكر ذلك عليه فثبت انه اجماع ووجه آخر وهو انه قال والخمر ما خامر العقل فانه يسمى الخمر وانها بذلك تسمى خمرا * والدليل على ان كل مسكر محرم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام الى قوله فهل أنتم منتهون فلنا من الآية أدلة انه تعالى قال انه رجس من عمل الشيطان وهذه صفة المحرم * والثاني انه تعالى قال فاجتنبوه فأمر باجتناب ذلك والأمر يقتضي الوجوب ووجه ثالث انه وعد على ذلك بالفلاح وهو البقاء ولو كان الفلاح وهو البقاء في الخمر من ثواب من لا يجتنبها لما كان لهذا الوعيد وجه ووجه رابع انه وصفها تعالى بانها توقع بين المؤمنين العداوة والبغضاء وتصد عن ذكر الله وعن الصلاة وهذه صفة المحرمات ووجه خامس انه تعالى توعد على مواقعها بقوله تعالى فهل أنتم منتهون وهذا غاية الوعيد ولا يتوعد الا على محظور محرم ودليلنا

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول ما من شئ الا يحب الله أن يعفى عنه مالم يكن حدا قال يحيى قال مالك والسنة عندنا ان كل من شرب شرابا مسكرا فسكر أو لم يسكر فقد وجب عليه الحد

من جهة السنة ما روى داود عن أبي الفرات عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أسكر كثيره فقليله حرام ودليلنا من جهة القياس ان هذا شراب فيه شدة مطربة فوجب أن يكون قليله حراما أصله عصير العنب والله أعلم

﴿ ما ينهى أن ينبذ فيه ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس في بعض مغازيه فقال عبد الله بن عمر فأقبلت نحوه فانصرف قبل أن أبلغه فسألت ماذا قال فقيل نهى أن ينبذ في الدباء والمزفت * مالك عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن أبي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن ينبذ في الدباء والمزفت ﴾ ش قوله ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب في بعض المغازي على حسب ما كان يفعل من القاء الاحكام اليهم وتعليم ما يجب عليهم في المغازي وعلى حسب ما يرى من الحاجة الى ذلك وقول عبد الله فأقبلت نحوه يريد انه أقبل اليه ليسمع ما يخطب به ويتعلم ما يعلمه وما يأمر به وينهى عنه وعلى حسب ذلك كانت الصحابة رضي الله عنهم تفعل حرصا على الاقتباس منه والاخذ عنه ومسارعة الى امتثال أوامره واجتناب نواهيه

(فصل) وقوله فانصرف النبي صلى الله عليه وسلم يريد عن خطبته قبل أن يبلغه عبد الله بن عمر فسأل عبد الله بن عمر من حضر خطبته أو من علم ما خطب به ماذا قال لئلا يفوته علم ذلك حين فاته حضوره فقيل له انه نهى صلى الله عليه وسلم عن أن ينتبذ في الدباء والمزفت ولم يحتج عبد الله بن عمر أن يذكر من أخبره بذلك لما تقدم ان مثله لا يأخذ الا عمن يثق به على نقل الدين اليه مع انه لا اختلاف في عدالة جميع الصحابة ولا خلاف في جواز الاخذ بمراسيلها وكذلك يجب أن يكون من علم من حاله من الأئمة أنه لا يرسل الا عمن يحتج بحديثه

(فصل) ونهيه صلى الله عليه وسلم عن أن ينبذ في الدباء والمزفت الدباء هو القرع والمزفت هو ما طلي بالزفت وهو القار قال ابن حبيب قال أهل العلم انما نهى عنه لئلا يعجل تغير ما ينبذ فيها قال ابن حبيب فأخذ مالك بكراهية نبيذ الدباء والمزفت قال ابن حبيب والتحليل أحب الي فيها وبه أقول وجه رواية المنع منع الفعل وهو الانتباذ ونهيه صلى الله عليه وسلم أن ينبذ في الدباء والمزفت والنهي يقتضي التحريم أو الكراهية ودليلنا من جهة المعنى ان هذا معنى يعجل شدة النبيذ ويغيره فوجب أن يكون ممنوعا كالخليطين ووجه ما ذهب اليه ابن حبيب ما زعم انه منسوخ وتعلق في ذلك بما روى عن بريدة الاسلمي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كنت نهيتكم عن النبيذ الا في سقاء فاشربوا واتقوا كل مسكر ومن جهة المعنى انه شراب ليست فيه شدة مطربة فوجب أن يكون مباح الانتباذ أصل ذلك افراده وانتباذه في السقاء (فرع) فاذا قلنا بالمنع من الانتباذ فيها فمن اجترأ على ذلك جاز أن يشرب النبيذ ما لم يسكر كتخليل الخمر من اجترأ عليها وخللها لم يحرم عليه شربها (مسئلة) وهذا اذا كان المزفت اناء غير الزقاق وأما الزقاق فقد روى أشهب عن مالك اباحة الانتباذ في الزقاق المزفتة والفرق بين الزقاق وبين غيرها من الظروف التي يجوز الانتباذ فيها من غير تزفيت انه اذا زفت الجميع ليس ببين والاظهر أن يمنع المزفت وذلك كله زقاقا وغيرها الا ان النهي ورد عاما عن المزفت ولم يخص زقاقا من غيرها (مسئلة) وأما الجرار فقد روى أشهب عن مالك انه أجاز نبيذ الجرار * قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندي أن يريد الجرار العارية من الحنتم وقد روى عن عبد الله بن

﴿ ما ينهى أن ينبذ فيه ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس في بعض مغازيه فقال عبد الله بن عمر فاقبلت نحوه فانصرف قبل أن أبلغه فسألت ماذا قال فقيل نهى أن ينبذ في الدباء والمزفت * وحدثني عن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن ينبذ في الدباء والمزفت

مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في نبيذ الجرار ومن جهة المعنى ان معنى نبيذ لا يعجل الشدة المطربة فلم يمنع الانتباذ كالاسقية وما روى عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن نبيذ الجرار فلعله أن يريد الذى طلى بالحنتم أو المزفت والله أعلم (مسئلة) وأما الحنتم فقد روى ابن حبيب عن مالك انه ارخص فيه وقد روى القاضي أبو محمد المنع منه على التحريم * قال القاضي أبو الوليد وعندي ان المنع منه كالمنع من المزفت لانه يحدث من اسراع الشدة ما يحدثه المزفت والاصل في ذلك ما روى عن عبد الله بن عباس ان وفد عبد القيس أتوا النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا انا نأتيك من شقة بعيدة وبيننا وبينك هذا الحي من كفار مضر ولا نستطيع أن نأتيك الا في شهر حرام فمرنا بأمر نخبر به من وراءنا ندخل به الجنة فأمرهم بأربع ونهاهم عن أربع أمرهم بالايمان بالله وحده هل تدرون ما الايمان بالله وحده شهادة أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله صلى الله عليه وسلم واقام الصلاة وايتاء الزكاة وصوم رمضان وتعطوا الخمس من المغنم ونهاهم عن الدب والحنتم والمزفت وربما قال الراوي النقير وربما قال المقير قال صلى الله عليه وسلم احفظوها وأخبروا بها من وراءكم قال ابن حبيب والحنتم الجر وهو كل ما كان من فخار ابيض أو أخضر وهذا الذي قاله ابن حبيب يحتاج الى تأمل لانه ليس كل فخار حنتما وانما الحنتم ما طلى من الفخار بالحنتم المعمول من الزجاج وغيره وهو يعجل الشدة في الشراب وأما الفخار الذي لم يطل فلا وحكمه حكم الحجر (مسئلة) وأما النقير فهو العود المنقور وقد روى ابن حبيب عن مالك انه كرهه وهو عنده كالمزفت وجه الرواية الأولى انه لا يبلغ من التعجيل مبلغ الدباء والمزفت وقد ورد الحديث وكنت نهيتكم عن الانتباذ في الاوعية فانتبذوا فيها ووجه الرواية الثانية ان هذا ظرف يعجل تغيير ما ينبذ به فوجب أن يمنع الانتباذ فيه كالدباء والمزفت والله أعلم

﴿ ما يكره أن ينبذ جميعا ﴾

﴿ما يكره أن ينبذ جميعا﴾ وحدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء ابن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن ينبذ البسر والرطب جميعا والتمر والزبيب جميعا

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن ينبذ البسر والرطب جميعا والتمر والزبيب جميعا ﴾ ش قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ينبذ البسر والرطب جميعا والتمر والزبيب جميعا يقتضي المنع من ذلك على وجه التحريم قال القاضي أبو محمد أما اذا بلغ حد المسكر فلا خلاف عنده في تحريمه وأما ما لم يسكر فهو ممنوع منه واختلف أصحابنا في تأويل منع مالك منه فقال قوم هو منع تحريم وقال قوم منع كراهية ووجه التحريم انه نهى صلى الله عليه وسلم أن ينبذ البسر والرطب جميعا والنهي يقتضي التحريم ومن جهة المعنى انه معنى يعجل احداث الشدة المطربة في الشراب فوجب أن يكون محرما ولم يبلغ ذلك أصله الانتباذ في الحنتم والمزفت ووجه القول بمنع التحريم قوله صلى الله عليه وسلم وكنت نهيتكم عن الانتباذ في الاوعية فانتبذوا وكل مسكر حرام ومن جهة المعنى ان هذا شراب لم تحدث فيه شدة مطربة فلم يحرم بها أصل ذلك اذا أفرد أحدهما بالانتباذ وأما الانتباذ في الحنتم والمزفت فقد تقدم ذكر الخلاف فيها * قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندي أن يكون القولان جاريين في كل ما يعجل حدوث الشدة المطربة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان البسر ما قد أزهى من التمر ولم يبد فيه ارطاب والرطب ما قد جاوز حد البسر الى الارطاب واذا منع من جمعهما النبذ من البسر في حكم جميعها فيجب أن لا يجوز انتباذه

* وحدثني عن مالك عن الثقة عنده عن بكير بن عبدالله بن الاشج عن عبد الرحمن بن الحباب الانصارى عن أبى قتادة الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعا والزهو والرطب جميعا * قال مالك وهو الأمر الذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا أنه يكره ذلك لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه

(فصل) وقوله نهى أن ينبذ البسر والرطب دليل على المنع من أن ينبذ شيئان وان كانا من جنس واحد ينبذان مفردين قال ابن حبيب لا يجوز شرب الخليطين ينبذان كذلك أو يخلطان عند الشرب كانا من جنس واحد مثل عنب وزبيب أو من جنسين مثل زبيب وتمر فقد نهى عنه مالك الا الفقاع فقد حكى ابن حبيب عن أصبغ انه يستحب تحليته بالعسل فانه يجب أن يكون ممنوعا لان كل واحد منهما مما ينبذ مفردا لان الفقاع من القمح أو الشعير وكل واحد ينبذ مفردا فالقياس أن يمنع الجمع بينهما غير أن قول مالك قد اختلف فى العسل تطرح فيه قطع العجين أو الحريرة وقد روى ابن القاسم عن مالك انه كرهه قال ابن القاسم وقد قال لا بأس به وهو أحب الى وجه القول الاول انهما خليطان جنس كل واحد منهما ما ينتهى الى السكر فلم تجز ذلك فيهما كالو خلطه بنبيذ تمر وزبيب ووجه القول الثانى وهو ان طرح قطع العجين تطرح فى العسل أن ذلك ليس من باب الانتباذ لان القمح والشعير لا ينبذ على هذا الوجه وأما خلط العسل واللبن وشربهما فلا بأس به قاله ابن القاسم فى العتبية ووجه ذلك أن هذا ليس بانتباذ وانما هو على معنى خلطه مشروبين كشراب الورد وشراب النيلوفر ووجه ثان ان اللبن لا يفضى أن يسكر وقد شرطنا أن الخليطين انما هما مما يفضى كل واحد منهما الى الاسكار (مسئلة) وهل يجوز خلطهما لغير الانتباذ لكن على وجه التخليل روى ابن عبد الحكم عن مالك انه قال لا خير فى ذلك للخل والتخليل والانتباذ فى ذلك سواء قال وقد قال لا بأس بذلك للخل وجه الرواية الأولى ما قاله الشيخ أبو بكر التعلق بعموم نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن نبيذ الخليطين فلا يجوز ذلك لخل ولا لغيره ولانه يصير نبيذا ثم يصير خلا ولم يوجه الرواية الثانيـة ووجهها عندى أنه لا يقصد بذلك النبيذ وانما يقصد به الخل وقد قال انه لا بد أن يكون نبيذا ثم يكون بعد ذلك خلا فلا يضره ما يعجله لان تعجيله للنبيذ يعجله للخل وانما يفسده الشرب فاذا صار نبيذا فسد عليه ولزمه اراقته (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن نبذ الخليطين فقد أساء فان حدثت الشدة المطربة حرم وان لم تحدث فقد قال القاضى أبو محمد يجوز شربه ما لم يسكر ولم يذكر غير هذا الوجه فاقتضى هـذا مع ما تقدم من قوله فى الانتباذ ان فى تحريم الانتباذ قولا واحدا وان شرب ما قد نبذ من ذلك ولم يبلغ أن يسكر مباح قولا واحـدا ص * مالك عن الثقة عنـده عن بكير بن عبدالله بن الاشج عن عبد الرحمن بن الحباب الانصارى عن أبى قتادة الانصارى أن رسول الله صـلى الله عليه وسلم نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعا والزهو والرطب جميعا * قال مالك وهو الأمر الذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا انه يكره ذلك لنهى رسول الله صـلى الله عليه وسـلم عنه * ش قوله نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعا على ما قدمناه من أن يجمع نبيذاهما أو يجمعا فى الانتباذ فتناول ذلك ما كانا مختلطين عنـده للشرب فاذا انبذا مفترقين ثم خلطا عند الشرب فقد تناولهما النهى وقد قدمنا ذلك وانما قال يشرب التمر والزبيب لعلم المخاطب انه انما أراد أن يشربا على الوجه الذى يمكن ذلك فيهما وهو بعد الانتباذ كما يقال فلان يأكل الحنطة وفلان يأكل الشعير ومعناه على الوجه المعتاد بعـد الطحن والعجن والخبز وفلان يأكل الانعام ومعنى ذلك على الوجه المعتاد فيها من الذبح والطبخ

(فصل) وقوله أن يشرب التمر والزبيب جميعا والزهو والرطب جميعا جمع فى ذلك فى النهى بين التمر والزبيب وهما جنسان وعن الجمع بين الزهو والرطب وهما من جنس واحد فثبت بذلك المنع من انتباذ شيئين يفضى كل واحد منهما اذا أفرد بالانتباذ الى الاسكار وجمعهما تعجيل لذلك سواء كانا من جنس واحد أو من جنسين (مسئلة) وهذا اذا خلطا للانتباذ أو خلط النبيذان وقد قال ابن

حبيب لا بأس بالمرىء الذى يعمل من العصير ولا بأس بما طبخ من العصير أو ربب به من سفرجل وغيره اذا كان يوم عمل به ذلك حلالا ووجه ذلك ان هذا لم يقصد به الانتباذ وان كان كل واحد منهم ينتهى الى الاسكار اذا انتبذ لان العصير استعمل مع السفرجل والتفاح على غير وجه الانتباذ بل على وجه الاعتقاد لمنفعته ورفع الفساد عنه وكذلك المرىء يعمل من العصير فان تلك الصناعة ليست على وجه الانتباذ وانما يقصد بها وجها من المنفعة والمطاعم المعلومة فان أفضى ذلك الى أن يصير له حكم النبيذ فى أثناء ذلك لم يمنع الوصول الى المقصود منه كالخل * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى على رواية اباحة تخليل الجنسين وأما على رواية المنع من ذلك فانه أيضا يجوز أن يقال فى هذا انه مباح لانه ليس فى تخليل الجنسين والجمع بينهما غرض مقصود مباح فلذلك منع منه وفى المرىء غرض مباح مقصود فلذلك لم يمنع منه والله أعلم

﴿ تحريم الخمر ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم أنها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع فقال كل شراب أسكر فهو حرام ﴾ ش قولها رضى الله عنها سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع على حسب ما كانوا يستفهمونه ويسألونه عما يشكون من تحريم حرام أو تحليل حلال أو وجوب واجب أو غير ذلك فسألوه عن البتع وهو شراب العسل وذلك انه نزل تحريم الخمر وعلموا تحريمها بنص الكتاب فسألوا عما يقع عليه هذا الاسم ليعلموا أن الذى ورد من ذلك محمول على عمومه أو مخصوص ببعض ما يتناوله اللفظ فان قيل لو كان اسم الخمر يقع على البتع وغيره من الاشربة لما سألت العرب اذ سمعت تحريم الخمر عن البتع لان البتع هو الخمر فالجواب عنه من وجهين أحدهما لانه يحتمل أن يسأل عن ذلك من لم يبلغه تحريم الخمر وان بلغه تحريم النبيذ أو بلغه تحريم الخمر باسم خاص مثل أن يبلغه تحريم خمر العنب أو تحريم خمر التمر والوجه الثانى أن يكون نوع من الخمر غالبا على بلد من البلاد فيكون خمر التمر غالبا على بلد ما وخمر التمر غالب على بلد آخر وخمر الذرة أغلب فى بلد آخر فيكون لفظ الخمر اذا أطلق فى ذلك البلد كان أظهر فيما هو الأغلب عندهم لكثرته وكثرة استعمال هذا الاسم فيه دون غيره مما هو معدوم عندهم فيسأل أهل كل بلد عن غير ما هو الأغلب عندهم لتجويز أن يكون الحكم مقصورا على ما هو الأغلب عندهم والوجه الثالث أن يكون هذا الحكم ورد أولا على سبب فظن هذا السائل لما جوز أن يكون مقصورا على سببه والوجه الرابع أن يسأل عن ذلك من سمع تحريم الخمر فجوز عليه التخصيص فسأل عن البتع ليعلم ان كان حكم العموم جائز فيه أم لا وقد روى عن أبى موسى انه سئل عن ذلك فقال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن فقلت يا رسول الله ان بها أشربة يقال لها البتع والمزر قال وما البتع قلت شراب يكون من العسل والمزر يكون من الشعير فقال كل مسكر حرام

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم كل شراب أسكر حرام وقد سئل عن البتع دليل على انه أجاب عن جنس الشراب لا عن مقدار ما حرم منه من وجهين أحدهما انه سئل عن البتع ولم يسأل عن مقدار منه فلما جاوب عن السؤال اقتضى ذلك جوابه عن الجنس والا كان عدولا منه عما سئل عنه وذلك غير جائز عليه واذا كان جوابا لما تقدم من السؤال وكان السؤال يقتضى الجنس وجب أن

﴿ تحريم الخمر ﴾
* وحدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم انها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع فقال كل شراب أسكر فهو حرام

يكون الجواب مثله وان كان أعم منه والوجه الثاني انه انما سئل عن جنس شراب هل هو حرام أو حلال ولو سأل عن ابعاضه ومقاديره لقال ما يحل منه وما يحرم فلما كان السؤال عن البتع يقتضي السؤال عن جميعه ثبت انه سؤال عن جنسه وجوابه صلى الله عليه وسلم كل شراب أسكر حرام يقتضي الجواب عن أجناس الشراب ليكون مقابلا للسؤال ولانه صلى الله عليه وسلم علق الحكم على الجنس فقال كل شراب أسكر حرام فكان ذلك جوابا عنه وعن غيره ولو أراد الاخبار عن أبعاضه وان بعض مقاديره حرام و بعضها حلال لقال كل مقدار أسكر فهو حرام ولقال كل ما أسكر منه فهو حرام ولا ستغنى عن اعادته لفظ الشراب لانه لاخلاف أن اسم الشراب واقع على الجنس دون بعض مقاديره فاذا علق الحكم بالجنس ولم يعلقه بالقدر كان الظاهر انه أراد به الجنس دون القدر والله أعلم ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الغبيراء قال لا خير فيها ونهى عنها * قال مالك فسألت زيد بن أسلم ما الغبيراء فقال هي الأسكركة ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن الغبيراء قال لا خير فيها ونهى عنها يقتضي انه قد علم حالها وصفتها وهذا يدل أيضا على أن السؤال كان على جنسها وانه عن ذلك أجاب صلى الله عليه وسلم لما قدمناه وهو المعروف من كلام العرب المعتاد اذا سألوا عن الماء أحلو هو أم مر فانما يسألون عن طعم جنسه لا عن طعم قطرة منه لا يوجد لها طعم ولا عن طعم الكثير منه دون القليل وكذلك اذا سألوا عن شراب من الأشربة أنافع هو فانما يقع السؤال عن جنسه واذا أجاب من سألوه بان كل شراب سخن عند تناوله يجب أن يجتنبه فانما يفهم منه منع جنسه واذا أرادوا السؤال عن مقدار ما تخشى مضرته منه قالوا كم الشربة منه أو كم مقدار ما يتناول منه أو كم مقدار ما يجتنب منه وان جهل السائل فسأل عن جنسه فسأل عن شراب الورد في جملته وكان قليله مخالفا لكثيره لزم المسؤل التفصيل وأن يقول أما يسيره فلا تبقى مضرته فيجب أن يجتنب كثيره ومقداره كذا وان أتى بلفظ يحتمل المقدار ويحتمل الجنس كان الأظهر انه يريد الجنس لانه موافق لسؤال السائل والله أعلم ووجه آخر وهو ان اللغة تمنع من هذا وذلك أن عمر بن الخطاب وهو من أهل اللسان قال والخمر ما خامر العقل فلو كان المراد به الكثير دون القليل لوجب أن لا يسمى قليل الخمر خمرا وهذا باطل باتفاق ولما أجمعنا على أن يسير الخمر يسمى خمرا وان كان بانفراده لا يخامر العقل وانما هو من جنس ما يخامر العقل علم أن المراد بذلك كله الكلام في الجنس دون المقدار

(فصل) وقول زيد بن أسلم لما سأله مالك عن الغبيراء هي الأسكركة دليل على ان الأسكركة كانت معلومة عندهم والغبيراء التي هي الأسكركة شراب ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب منها حرمها في الآخرة ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب منها حرمها في الآخرة بيان منه صلى الله عليه وسلم ان التوبة منها معرضة لشاربها ممكنة له مقبولة منه لمن وفقه الله لها وأنعم عليه بها فانه زجر بما خيف على المكلف المدمن على معاصيه أن يمنع من التوبة و يحرمها و يحال بينه و بينها نسأل الله العصمة ونعوذ به من الحرمان

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم حرمها في الآخرة يريد والله أعلم انه وان دخل الجنة بعد العقوبة له أو العفو عنه فانه يحرم خمر الجنة و يقتضي ان في الآخرة شرابا يسمى بهذا الاسم قال الله تعالى وأنهار من خمر لذة للشاربين فيحرمه المصر على شرب الخمر وان دخل الجنة

* وحدثني عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الغبيراء فقال لا خير فيها ونهى عنها قال مالك فسألت زيد بن أسلم ما الغبيراء فقال هي الاسكركة

* وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب منها حرمها في الآخرة

﴿ جامع تحريم الخمر ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن ابن وعلة المصرى انه سأل عبد الله بن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس أهدى رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أما علمت أن الله حرمها فقال لا فساره رجل الى جنبه فقال بم ساررته فقال أمرته أن يبيعها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الذى حرم شربها حرم بيعها ففتح الرجل المزادتين حتى ذهب ما فيهما ﴾ ش سؤاله عما يعصر من العنب يحتمل معنيين أحدهما أن يسأل عن جميع أنواع العصير من حين يعصر الى أن ينتهى فى آخر أحواله وذلك ان للعصير أربعة أحوال أحدها من حين يعصر وقبل أن ينش والثانية اذا نش وقبل أن يسكر والثالثة اذا أسكر والرابعة اذا صار خلا فأما الاولى وهى حال حلاوته وقبل أن ينش فانه حلال لا خلاف فيه إلا أن يدخل عليه ما يغير حكمه فقد قال ابن حبيب وأنهى عن شرب الخمر العصير الذى عصر فى المعاصر التى تردد العصر فيها وان كان ساعة عصر لما يبقى فى أسفلها خوفا أن يكون قد اختمر ولا شك أن بقايا ثفلها فى أسفلها تختمر فتصير خمرا ثم يلقى عليه عصير طرى فيختلط به فيفسد جميعه لأن قليل الخمر يخالط كثيرا من عصير أو خل أو طعام أو ما يشرب فيحرم كله * قال الامام أبو الوليد ووجه هذا عندى أن الخمر لا يعود عصيرا حلوا فلذلك اذا مازجت العصير نجسته لأنها تبقى على نجاستها ولو خالط يسيرا الخمر الخل لم ينجسه لأن أجزاء ذلك الخمر تستحيل خلا طاهرا فلا تبقى ثم لا ينجس الخل بمجاورته وقد قال لا يستعمل ذلك الخل حتى تبقى مدة يقدر فيها أن أجزاء ذلك الخمر قد استحالت خلا (مسئلة) وأما اذا نش فان مالكا رحمه الله لا يراه حراما حتى يسكر وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة اذا نش فقد حرم والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك قوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن البتع فقال كل شراب أسكر فهو حرام فلنا من هذا الحديث دليلان أحدهما أنه قصد النبى صلى الله عليه وسلم الى بيان ما حرم وتمييزه مما أحله الله فقال كل شراب أسكر فهو حرام فعلق اسم التحريم بالاسكار ولم يعلقه بالغليان فدل ذلك على أن الاسكار حد بين الحلال والحرام دون الغليان والوجه الثانى أنه علق حكم التحريم على الاسكار فكان الظاهر أنه علته دون الغليان الذى لم يعلق عليه تحريما ومحال أن يكون الغليان علته فيترك التعليل به ويعلل بغيره مما ليس بعلته (مسئلة) واذا أسكر فلا خلاف فى تحريمه قليله وكثيره وكذلك سائر الاشربة عند مالك وقد تقدم ذكر اختلاف الفقهاء فيما يسوغ فيه الاختلاف عنه بما يغنى عن اعادته (فرع) اذا ثبت أن الخمر حرام فهل تجب اراقتها ومن كانت عنده لا يخلو اذا عصرها أن يريد بها المحظور وهو أن يتخذها خمرا أو يقصد بها المباح وهو أن يشربها عصيرا أو يخللها أو يطبخها ربا أو غير ذلك من الوجوه المباحة فان قصد بها المحظور فلا خلاف فى المذهب نعلمه أنه يجب عليه اراقتها فان اجترأ عليها فخللها فعن مالك فى ذلك روايتان وسنذكرهما بعد هذا ان شاء الله تعالى وان قصد بها أمرا مباحا فصار خمرا فقد قال ابن حبيب فيمن عصر عصيرا يريد به الخل فلا بأس أن يعاجله وهو عصير بصب الماء فيه ويطرحه على دردى الخل فله أن يقره وحثالته وان داخلته الخمر ثم ان عجل ففتحه قبل أوانه فوجده قد دخله عرق الخل فله أن يقره ويعالجه وان لم يجد فيه شيئا من ذلك فى رائحة ولا طعم فهى خمر تهراق ولا يحل له حبسها ولا علاجها للتصيير خلا * قال الامام أبو الوليد وفى كلام ابن حبيب نظر وظاهر ما فى كتاب ابن المواز

﴿ جامع تحريم الخمر ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن ابن وعلة المصرى انه سأل عبد الله بن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس اهدى رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أما علمت ان الله حرمها قال لا فساره رجل الى جنبه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بم ساررته فقال أمرته أن يبيعها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الذى حرم شربها حرم بيعها ففتح الرجل المزادتين حتى ذهب ما فيهما

عن مالك خلاف هذا وقد بسطت الكلام فيه في الاستيفاء (فرع) فان صارت خلا بعد أن كانت خمرا فلا يخلو أن تصير خلا بمعالجة أو بغير معالجة فان صارت خلا بمعالجة آدمي فان المعالجة ممنوعة في الجملة عندنا وأحسن ما يتعلق به عندي في ذلك أن مهدي المزادتين أراقهما بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر ذلك عليه ولو جاز تخليلها لما أباح له اراقتها ولنبه على تخليلها كما نبه أهل الميتة على الانتفاع بجلدها غير أنه يتعرض في ذلك أن تلك خمر قصد بها الخمر وأما ما لم يقصد به خمرا وانما قصد بها الخل فحكمه غير حكم ما قصد به الخمر (فرع) فان صارت خلا بمعالجة ففي كتاب ابن المواز فيمن عصر خمرا أو عصر خلا فصارت خمرا فباعها من مسلم أو نصراني فصارت خلا أو خللها أنه لا بأس بأكلها وبيعها وروى عن مالك اباحة أكلها وروى عن ابن الماجشون المنع من ذلك وروى ابن عبد الحكم في مختصره الروايتين عن مالك ووجه الرواية الاولى ما احتج به الشيخ أبو بكر أن علة التحريم هي الشدة المطربة فاذا زالت زال التحريم كما لو تخللت بنفسها قال القاضي أبو محمد ولا خلاف في ذلك اذا تخللت بنفسها ووجه الرواية الثانية الحديث المتقدم في اراقة ما في المزادتين بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه ولو أراد تخليلها لمنعه من ذلك ونبه عليه (فصل) وقول ابن عباس للذي سأله عما يعصر من العنب أهدى رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر يحتمل أن يكون فهم من السائل أنه انما سأل عن الخمر من أنواع العصير أو عما عصر للخمر فان كان سأله عن الخمر فقد أجابه عن نفس مسئلته وان كان سأله عن عصير أريد به الخمر فمعنى ذلك أن حكمه حكم ما قد صار خمرا

(فصل) وقوله راوية خمر الراوية هي الدابة التي تحمل الخمر أو الماء لأنها هي التي تروي غير أنه قد يسمى الظرف الذي يحمل فيه الماء أو الخمر راوية بمعنى تسمية الشئ باسم ما جاوره أو قاربه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم للذي أهدى اليه الراوية أما علمت أن الله حرمها على جهة التوبيخ له ان كان علم ذلك ثم أهداها وان كان جهل مثل هذا من أمر الشريعة مع ظهوره ولما قال المهدي للخمر لا اظهارا لعذره ساره انسان الى جانبه بما ظن أنه يرشده به الى منفعته فلما رأى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك من مسارته ولم يثق بعلمه وتوقع أن يأمره بمثل ما أظهره بعد ذلك سأله عما ساره به فان كان صوابا أقره عليه وثبته فيه وان كان خطأ حذره منه ونهاه عنه وأرشده الى الصواب فأخبره أنه أمره ببيعها فقال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها فأخبر صلى الله عليه وسلم أنه لا يحل بيعها كما لا يحل شربها لأنه لم يبق بها منفعة تمسك لسببها في الحال والمآل وما كان بهذه الصفة لم يحل بيعه (مسئلة) اذا ثبت أن بيعها محرم فاجترأ مسلم فباعها فلا يخلو أن يشتريها منه نصراني أو مسلم وسيأتي بيان هذا في آخر الباب ان شاء الله

(فصل) وقوله ففتح المزادتين حتى ذهب ما فيهما العصير على أصلنا ثلاثة أحوال حال عصير وحال سكر وحال تخلل فأما الحالة الاولى وهي حالة العصير فهي حالة اباحة على وجه ما فمن أعدها لوجه مباح فلا خلاف في أنه لا يلزم اراقتها في هذه الحال ومن اتخذها لوجه محظور فهل تلزمه اراقته يحتمل أن يكون فتحهما فتحا يبقى الانتفاع بهما بأن حل أفواههما ويحتمل أن يكون فتحهما بشق أوساطهما فأبطل ذلك الانتفاع بهما وقد حكى ابن عبد الحكم عن مالك أن من وجدت عنده خمر من المسلمين كسرت عليه وشق ظرف وفيها قال الشيخ أبو بكر انما تشق الظروف اذا كان لا يزول ما قد فسد بها من الخمر بالغسل فان كان يزول ما فيها من الغسل غسلت ولينتفع بها وكذلك الأواني

تكسر ان كان لا يزول ما فيها قال ويجوز أن يكون مالك انما أراد أن الظروف تشق وتكسر الاوانى وان كان ما فيها يزول بالغسل عقوبة للمسلم على فعله وامساكه الخمر وبيعه لها وهذا الذى أراده مالك والله أعلم ولذلك قال يفرق ثمن ما باع منها على الفقراء وأهل الحاجة عقوبة للمسلم الذى باعها لئلا يعود ثانية الى بيعها ص ﴿ مالك عن اسحاق بن عبد الله بن أبى طلحة عن أنس بن مالك انه قال كنت أسقى أبا عبيدة بن الجراح وأبا طلحة الانصارى وأبى بن كعب شرابا من فضيخ وتمر قال فجاءهم آت فقال ان الخمر قد حرمت فقال أبو طلحة يا أنس قم الى هذه الجرار فاكسرها قال فقمت الى مهراس لنا فضربتها بأسفله حتى تكسرت ﴾ ش قوله كنت أسقى أبا عبيدة بن الجراح ومن معه شرابا من فضيخ وتمر يحتمل من جهة اللفظ أن يكون مسكرا أو غير مسكر لان اسم الشراب قد يتناول ذلك كله قال فجاءهم آت فقال ان الخمر قد حرمت وهذا يقتضى ان هذا كان وقت تحريمها ونسخ اباحتها لمكان هؤلاء من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعلموا بتحريمها ولو تقدم تحريمها بمدة طويلة من النبى صلى الله عليه وسلم لما خفى عليهم ولما اجتمعوا على ها

(فصل) وقول أبى طلحة عند قوله الآتى يا أنس قم الى هذه الجرار فاكسرها امتثال لنهى النبى صلى الله عليه وسلم فهو الذى حرمها أو هو الذى أخبر بذلك عن الله تعالى ولهذا قلنا فيما روى أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الاقامة ان هذا مسند لانه لا يأمر الا النبى صلى الله عليه وسلم ولا ينهى فى الشريعة غيره

(فصل) وأمر أبى طلحة أنسا بكسر الجرار يدل على أن فضيخ التمر عنده ينطلق عليه اسم الخمر ولو لم يقع عليه اسم الخمر لما جاز أن يأمر بكسر المباح عنده لتحريم غيره بل لا يجوز أن يأمر بكسر نوع من المائعات والمشروبات لتحريم الخمر اذا لم يكن المسكر خمرا كما لم يأمر حينئذ بكسر جرار فيها ماء ولا سمن ولا زيت ولا غير ذلك من أنواع المائعات والمشروبات ولما أمر بكسر الجرار لما فيها من الفضيخ عند نزول تحريم الخمر دل على ان اسم الخمر يتناول شراب الفضيخ

(فصل) وقول أنس فقمت الى مهراس لنا فضربتها بأسفله حتى تكسرت المهراس حجر كبير كسر أنس به الجرار بأمر أبى طلحة وبحضرة أبى عبيدة وأبى بن كعب ولم يقتصر على اراقة ما فيها وغسلها ولعله أن يكون ذلك لتمكن شرابها منها وسرايته فى أجزائها ومسامها وانما يجوز غسلها واستعمالها اذا علم انه يزول عنها ما تشبث من الخمر بها ولا يبقى من الخمر فيها بقية وقد روى فى المجموعة عن مالك فى الجرة اذا طبخ فيها الماء وغسلت انه لا بأس باستعمالها فيحتمل أن يكون أمر بكسرها لما رأى أنه لا يمكن غسلها وتنظيفها من بقايا الخمر فيها ويحتمل أيضا أن يكون كسرها لما رأى ان ذلك حكمها على كل حال وقد روى القولان عن مالك فى الجرار (فرع) وأما الذى يراعى فى تطهيرها ونظافتها اذا قلنا بجواز غسلها فروى أشهب عن مالك فى الركوة للخمر تغسل أخاف أن لا تخرج ريحها من الركوة وهذا يدل على انه يراعى بقاء رائحتها فى الاناء وتحتمل مراعاة الرائحة وجهين أحدهما أن يراعى فى تغير المائع برائحة النجس وكون الرائحة فيها بمجاورة أو مخالطة فان المشهور من مذهب مالك تغيير الرائحة بالمخالطة والثانى ان بقاء الرائحة فى الاناء ربما تعلقت بالشارب من ذلك الاناء فأدى ذلك الى اقامة الحد عليه بالرائحة والله أعلم ص ﴿ مالك عن داود بن الحصين عن واقد بن عمر بن سعد ابن معاذ انه أخبره عن محمود بن لبيد الانصارى ان عمر بن الخطاب حين قدم الشام شكا اليه أهل الشام وباء الارض وثقلها وقالوا لا يصلحنا الا هذا الشراب فقال عمر اشربوا العسل فقالوا

وحدثنى عن مالك عن اسحق بن عبد الله بن أبى طلحة عن أنس بن مالك انه قال كنت أسقى أبا عبيدة بن الجراح وأبا طلحة الانصارى وأبى ابن كعب شرابا من فضيخ وتمر قال فجاءهم آت ان الخمر قد حرمت فقال طلحة يا أنس قم الى هذه الجرار فاكسرها قال فقمت الى مهراس لنا فضربتها بأسفله حتى تكسرت * وحدثنى عن مالك عن داود بن الحصين عن واقد ابن عمر بن سعد بن معاذ انه أخبره عن محمود بن لبيد الانصارى ان عمر ابن الخطاب حين قدم الشام شكا اليه أهل الشام وباء الأرض وثقلها وقالوا لا يصلحنا الا هذا الشراب فقال عمر اشربوا العسل فقالوا

لايصلحنا العسل فقال رجل من أهل الارض هل لك أن نجعل لك من هذا الشراب شيأ لا يسكر قال نعم فطبخوه حتى ذهب منه الثلثان وبقي الثلث فأتوا به عمر فأدخل فيه أصبعه ثم رفع يده فتبعها يتمطط فقال هذا الطلاء هذا مثل طلاء الابل فأمرهم عمر أن يشربوه فقال له عبادة بن الصامت أحللتها والله فقال عمر كلا والله اللهم انى لاأحل لهم شيأ حرمته عليهم ولاأحرم عليهم شيأ أحللته لهم ﴾ ش قوله ان عمر بن الخطاب حين قدم الشام قدومه الشام كان على حسب مايلزم الامام من مراعاة أنظاره وتطلعها بنفسه وتعاهد أحوالها لاسيما وهو موضع رباط وهو أهم المواضع عند الامام وأولاها بتفقده وتعاهده

(فصل) وقوله شكا اليه أهل الشام وباء الارض وثقلها يريدانهم شكوا اليه من ذلك ماأحوجهم الى شرب شراب يزيل عنهم وباء الارض ويبعد عنهم ثقلها وأمراضها المعتادة عندهم وقد اعتادوا أن يغتذوا لها بشراب وأخبروا عمر انه لايصلحهم الاذلك يريدان أبدانهم لاتألف غيره فأمرهم عمر أن يشربوا العسل على الوجه المباح منه من أن لاينتهي الى الحد المحرم من السكر وذلك انه لم يكن علم انه يتخذ من العصير ما يبقى ويسلم من الشدة المطربة وعلم أن العسل يبقى المدة الطويلة فعدل بهم اليه ليقتنوه ويتخذوه ويدخروه فتى أرادوا شربه خلطوه بالماء فقالوا انه لايصلحنا العسل يعني انه لايزيل عنهم وباء الارض ولاوخامتها ولايدفع مايحدث من امراضها وهذا كله يقتضى انه لم يبح لهم شرب ذلك الشراب المسكر للتداوى وقد تقدم ذكره

(فصل) ولما توقف عمر رضى الله عنه عن اجابتهم الى ماأرادوه من شرب العنب لاعتقاده انه لا يمكن ادخاره قال له رجل من أهل الارض يريد ممن نشأ فيها هل لك أن نجعل لك من هذا الشراب شيأ لا يسكر لعلمه بذلك انه يمكن أن يدخر ولايتغير ويتوصل الى ذلك بصنعة علمها فقال له عمر نعم اجابة الى اختبار ماادعاه من صحة ادخاره العصير دون أن يسكر أو يتغير فانه انما منعهم منه لما علم فيه من التغير وتعذر عنده من بقائه دون أن يفسد فلما ادعى هذا بحضرته انه يمكنه أن يصنع منه مايسلم من الفساد أجابه الى أن يصنع ذلك ليختبر قوله ويعاين ماأخبره به

(فصل) وقوله فطبخه حتى ذهب منه الثلثان وبقي الثلث ومعنى ذلك انه ذهبت منه المائية التي تحدث افساده ويسرع بها تغيره وبقيت عسليته خالصة وانما خص ذلك بذهاب الثلثين وبقاء الثلث لان هذه كانت صفة عصير ذلك العنب فى ذلك البلد وقد روى ابن المواز فى طبخ لاأحد ذهاب ثلثيه وانما أنظر الى السكر قال أشهب وان نقص تسعة أعشاره بذلك قال ابن المواز وليس ذهاب الثلثين فى كل بلد ولا من كل عصير فاما الموضع المختص بذلك فلا بأس به وقال ابن حبيب من تحفظ فى خاصته فعمل الطبخ فلايعمله الا باجتماع وجهين أن يذهب ثلثاه ويوقن انه لايسكر فاما احد الوصفين من انه لايسكر فصحيح ولا يحتاج الى سؤال لانه اذا لم يسكر فسواء ذهب ثلثه أو ربعه أو أكثر أو أقل اللهم الا أن يعلم انه لا يوجد بلد يذهب منه أقل من الثلثين ويسلم من الفساد فيراعى ذهاب الثلثين فى البلاد التي يسلم فيها من الفساد ذهاب الثلثين ويحترز بتيقن سلامته من الفساد لوجود الفساد مع ذهاب الثلثين فى سائر البلاد واذا اعتبر السلامة من أن يسكر استغنى عن سائر الأوصاف وجعل أبو حنيفة ذهاب الثلثين حدا فى جواز شرب مايبقى وان كان يسكر من كثيره والدليل على مانقوله ان هذا شراب فيه شدة مطربة فوجب أن يكون قليله حراما أصل ذلك النيء

(فصل) وقوله رضى الله عنه لما أخبره به وأشرف عليه بالمشاهدة والمباشرة وقوله فأتوا به عمر بن

لايصلحنا العسل فقال رجل من أهل الارض هل لك أن نجعل لك من هذا الشراب شيأ لايسكر قال نعم فطبخوه حتى ذهب منه الثلثان وبقي الثلث فأتوا به عمر فأدخل فيه عمر أصبعه ثم رفع يده فتبعها يتمطط فقال هذا الطلاء هذا مثل طلاء الابل فأمرهم عمر أن يشربوه فقال له عبادة ابن الصامت أحللتها والله فقال عمر كلا والله اللهم انى لاأحل لهم شيأ حرمته عليهم ولاأحرم عليهم شيأ أحللته لهم

الخطاب فأدخل فيه أصبعه ثم رفعه فتبعها يتمطط اختبار من عمر رضي الله عنه لما أخبر به واشراف عليه بالمشاهدة والمباشرة واعتناء بأمور المسلمين ومصالح دينهم ودنياهم فأدخل أصبعه ليختبر ثخانته وهي التي تمنع التغير ثم رفع أصبعه التي أدخلها في الطلاء فتبعها الطلاء يتمطط لثخانته ولو كان رقيقا في حكم الشراب لم يتبع يده ولا أصبعه منه شيء ولجعل ينقط ما يتعلق بأصبعه منه ان كان تعلق منه شيء

(فصل) وقول عمر هذا الطلاء يريد انه سمي بالطلاء على معنى التشبيه بهذا ولذلك قال هذا مثل طلاء الابل في ثخانته وبعده من التغير ثم أمرهم بشربه ولو رأى أبو حنيفة أن يعود الى مثل هذا من القوام والثخانة لما أباح للناس الا شرب ما يؤمن فساده فان هذا في قوام العسل ولا يكن شرب مثله الا ان يمزج بالماء فلا يخاف على مثل هذا التغير أبدا وأما من عصير يذهب ثلثاه ويبقى الثلث رقيقا يسرع اليه التغير ويطرأ عليه الفساد فليس له حكمه وحكم الذي قد صار في قوام العسل حكم الذي لا يتغير ولو أمسك أعواما ولو كان ذهاب الثلثين منه يجزئ على كل لما احتاج عمر أن يراه ويختبره ويدخل أصبعه فيه ويرفعه ليعلم بذلك ثخانته ولقال للذي قال له هل لك أن أجعل لك من هذا الشراب ما لا يسكر أنا أعلم بذلك منك اطبخه حتى يذهب الثلثان ولا يراعي أيسكر أم لا ولما قال له افعل علم انه انما أمره بان يعمل منه ما لا يسكر وانه اختبر صدقه وعلم صحة قوله بما شاهد من ثخانته وانه في قوام طلاء الابل ثم أظهر تصديق قول الصانع واجابته الى ما سأل بان يكون على مثل هذه الصفة التي ادعى انها لا تسكر فمن أباح شرب ما يسكر من ذلك بذهاب الثلثين فقد خالف اجماع الصحابة لانهم بين قائلين قائل يقول بمثل قول عمر انها اذا لم تسكر لما عادت عليه من القوام انه مباح عملها واتخاذها وقائل أنكر على عمر رضي الله عنه اباحتها مع ذلك كله خوفا من الذريعة لاباحته الى شرب المسكر منها على حسب ما أفتى به أبو حنيفة فقد خالف اجماعهم وقد روي ان علي بن أبي طالب كان يرزق الناس طلاء يقع فيه الذباب فلا يستطيع أن يخرج منه

(فصل) وقوله ثم أمرهم بشربه يحتمل أن يريد أمرهم بشربه على معنى انه ندبهم الى ذلك على معنى استيفاء صحة أجسامهم وصلاح أحوالهم والمنع لهم من تحريمه ويحتمل ان يريد بذلك اباحته لهم فان القاضي أبا الفرج من أصحابنا قد قال ان الاباحة أمر

(فصل) وقول عبادة بن الصامت أحللتها والله يريد ان ما أباحه لهم من هذا الطلاء الذي يؤمن معه الفساد يتسبب به الى شرب ما لا يبلغ ذلك المبلغ مما يسرع اليه الفساد الا انهم يختانون أنفسهم فلا يبلغوه ذهاب الثلثين في البلد الذي يصلح فيه بذهاب الثلثين واما ان يتعلق بذلك ويشرب ما ذهب ثلثاه في بلد لا يصلح فيه الا بذهاب أكثر من الثلثين ويتعلق بذكر ذهاب الثلثين على حسب ما تعلق به المخالف وقد تبع عبادة بن الصامت على هذا الانكار عبد الله بن عمر قال ابن حبيب وقد نهى عنه عمر بن عبد العزيز ولو اقتصر الناس على ما أباح منه لم انه عنه قال ابن حبيب وانه ليعجبني لمنع الذرائع أن ينهى عنه الناس

(فصل وقول عمر كلا والله اللهم اني لا أحل لهم شيأ حرمته عليهم ولا أحرم عليهم شيأ أحللته لهم انكارا على عبادة باظهار النية وصحيح معتقده وتبيين ما ذهب اليه وانه لا يحل حراما وهو ما يسرع اليه الفساد والتغير من الأشربة ولا يحرم حلالا منها وهو ما بلغ المبلغ الذي صنعه الرجل من الثخانة وانه بمنزلة طلاء الابل فلا يسرع اليه فساد ولا يمكن شربه الا بخلطه بالماء على حسب ما يصنع بالعسل من أراد

شربه ص ﴿ مالك عن نافع عن عبدالله بن عمران رجالا من أهل العراق قالوا له ياأباعبدالرحمن انانبتاع من ثمر النخيل والعنب فنعصره خمرا فنبيعها فقال عبدالله بن عمر انى أشهد الله عليكم وملائكته ومن سمع من الجن والانس انى لا آمركم أن تبيعوها ولاتبتاعوها ولاتعصروها ولا تشربوها ولاتسقوها فانها رجس من عمل الشيطان ﴾ ش قوله ان رجالا من أهل العراق سألوا عبدالله بن عمر فقالوا انانبتاع من ثمر النخيل والعنب فنعصره خمرا فنبيعها تصريح بعصر الخمر وبيعه فمنع من ذلك عبدالله بن عمر ولاخلاف نعلمه فى منعه والأصل فى ذلك الحديث المتقدم انه صلى الله عليه وسلم قال للذى أهدى اليه راوية خمران الذى حرم شربها حرم بيعها وقول عبدالله بن عمر انى أشهد الله عليكم وملائكته ومن سمع من الجن والانس انى لا آمركم أن تبيعوها ولاتبتاعوها أى انى لاأتركم الى التجارة فيها وطلب الرزق ببيعها وشرائها كما آمركم بطلب ذلك فى غيرها وقد يستعمل الأمر فى مثل هذا بمعنى الاباحة فيكون معناه انى لاأبيح لكم وهذا مما اتفق على منع بيعه وابتياعه فان باعها أحد من أحد فلا يخلو أن يبيعها مسلم من مسلم أومسلم من نصرانى أونصرانى من مسلم أو نصرانى من نصرانى فان باعها مسلم من مسلم أومسلم من نصرانى أونصرانى من مسلم فلا يخلو أن يعثر على ذلك والخمر قائمة أوكانت عند المشترى فان كانت قائمة فقد قال ابن حبيب يفسخ الشراء وتكسر حيث وجدت ويرد الثمن الى المشترى ان كان دفعه فان لم يكن دفعه لم يؤخذ منه شئ قال الشيخ أبو بكر وانما قال ذلك مالك لان النبى صلى الله عليه وسلم قال ان الذى حرم شربها حرم بيعها فوجب كسرها حيث وجدت ورد الثمن على المبتاع لان البائع لايجوز له أخذ مال عوضا من الخمر وكان الخمر انما كسرت بيد البائع (فرع) وان كانت قد فاتت عند المشترى فقد قال ابن حبيب انه قد فات موضع الفسخ ويؤخذ الثمن من البائع ان كان قبضه أومن المشترى ان كان لم يدفعه ويفرق على أهل الحاجة ويعاقبان عقوبة موجعة ببيعها وابتياعها (مسئلة) وان باعها مسلم من نصرانى فلا يخلو أن يعثر على ذلك وهى قائمة أو بعد ان فاتت قال ابن حبيب فان عثر على ذلك والخمر قليلة بيد البائع أوالمشترى النصرانى كسرت على المسلم ورد الثمن على النصرانى (فرع) وان عثر على ذلك بعد ان فاتت عند المشترى أخذ الثمن من المسلم ان كان قبضه أومن النصرانى ان كان لم يدفعه لانه ثمن حرام وفرق على أهل الحاجة قاله ابن حبيب قال وفيها اختلاف (مسئلة) وان باعها نصرانى من مسلم فلا يخلو أن يعثر على ذلك وهى قائمة أو بعد ان فاتت فان عثر على ذلك وهى قائمة فى يد النصرانى قد أبرزها للمسلم فقد قال ابن حبيب عن مالك تكسر عليه عقوبة له ويرد الثمن على المسلم ان كان قبضه ويسقط عنه ان كان لم يقبضه وان كان المسلم قد قبضها كسرت على المبتاع فان كان المسلم لم يدفع الثمن سقط عنه وان كان النصرانى قد قبضه لم ينزع منه الثمن قال الشيخ أبو بكر انما قال ان الخمر تكسر فى يد المسلم لانه لايجوز له ملكها ولا امساكها وقوله وان كان دفع الثمن لم يرد اليه أدبا له لانه قد فات بقبض النصرانى له فان لم يكن نقد كسرت الخمر بيده لما ذكرناه ولم يدفع الثمن الى النصرانى عقوبة له قال وقد ذكر مالك انه يؤخذ الثمن من المسلم فيتصدق به والا لم يدفع الى النصرانى (فرع) وان كان المسلم قد قبض الخمر ففاتت عنده فقد قال ابن حبيب ان كان الثمن بقى عنده قبض منه ودفع الى أهل الحاجة ويعاقبان وان كان الثمن قد صار الى النصرانى

(فصل) وقوله ولاتعصروها ولاتشربوها ولاتسقوها فانها رجس من عمل الشيطان ذهب والله أعلم الى منع كل تصرف مقصود فيها وعمل لها ثم بين علة ذلك بأنها رجس وانها من عمل الشيطان ويدل

وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبدالله أن رجالا من أهل العراق قالوا له يا أبا عبدالرحمن انانبتاع من ثمر النخيل والعنب فنعصره خمرا فنبيعها فقال عبدالله ابن عمر انى أشهد الله عليكم وملائكته ومن سمع من الجن والانس انى لا آمركم أن تبيعوها ولا تبتاعوها ولاتعصروها ولاتشربوها ولاتسقوها فانها رجس من عمل الشيطان

والله أعلم قوله تعالى انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون تم كتاب الأشربة والحمد لله

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب الجهاد)
﴿ الترغيب فى الجهاد ﴾

معنى الترغيب فى الجهاد الاعلام بعظيم ثوابه وجزيل أجره ليرغب الناس فيه وأكثر ما يوصف بالرغائب ما قصر عن رتبة الوجوب لان العمل انما يوصف بأتم أحواله الا انه لم يقصد ههنا للوصف له بوجوب ولا غيره وانما قصد الحض على فعله بالاخبار عن جزيل ثوابه ويحتمل أن يوصف بأنه من الرغائب لمن سقط عنه فرضه لقيام غيره به وبعده عن مكانه مع ظهور المجاورين للعدو عليهم واستغنائهم عن عون من بعد عنهم وقد قال سحنون فى مثل هذا كان أول الاسلام فرضا على جميع المسلمين والآن هو مرغب فيه (مسئلة) الجهاد فرض فى الجملة الا انه من فروض الكفاية ومعنى قولنا من فروض الكفاية أنه يجب فى الجملة فاذا قام به بعض الناس سقط فرضه عمن قام به وعن غيره من المسلمين واذا عمت الحاجة الى جميع الناس ودهمهم من العدو ما لا يقوم به بعضهم لزم الفرض جميعهم والأصل فى وجوبه قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله (مسئلة) اذا ثبت وجوب الجهاد فان غايته أن يدخل الكفار فى الاسلام أو يدخلوا فى الذمة بأداء الجزية وجريان أحكام الاسلام عليهم والأصل فى ذلك قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى قوله وهم صاغرون (مسئلة) وهذا مع ظهور الاسلام عليهم وغلبتهم لهم فأما اذا ضعف أهل الاسلام فلا بأس بمهادنتهم ومصالحتهم على غير شئ وسأل أهل الأندلس سحنون قالوا أرأيت لو انقطعت عنا الجيوش وبعد أمير المؤمنين وعدونا قريب منا فى قوة هل لأمير الثغور أن يصالحهم على غير شئ اذ لا طاقة لنا بهم قال نعم ولا يبعد فى المدة لما يحدث من قوة الاسلام والأصل فى ذلك مهادنة النبى صلى الله عليه وسلم قريشا عام الحديبية على غير شئ يأخذه منهم حتى قوى الاسلام فلم يقبل ذلك منهم (مسئلة) وأما مصالحتهم على مال يعطيهم المسلمون اياه اذا عجزوا عن حماية زرعهم أو حماية بيضتهم أو حصن من حصونهم وخافوا التغلب وأخذ العدو من فيها من النساء والذرية فهو جائز ص ﴿ مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مثل المجاهد فى سبيل الله كمثل الصائم القائم الذى لا يفتر من صلاة ولا صيام حتى يرجع ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم مثل المجاهد فى سبيل الله السبيل فى كلام العرب هو الطريق يذكر ويؤنث وجميع أعمال البر هى سبيل الله تعالى الا ان هذه اللفظة اذا أطلقت فى الشرع اقتضت الغزو الى العدو وسئل مالك عن رجل أوصى بمال فى سبيل الله فقال سبل الله كثيرة وأحب الى أن يجعل ذلك فى الغزو ووجه ذلك ما ذكرناه من أن اطلاق هذه اللفظة أظهر فى الغزو وتمثيله المجاهد فى سبيل الله بالصائم القائم يريد فى عظم ثوابه وكثرته ومعنى ذلك ان له من الثواب على جهاده فى سبيل الله مثل ثواب المستديم للقيام والصيام لا يفتر عنهما وانما أحال على ثواب الصائم والقائم وان كنا لا نعرف مقداره لما قرر الشرع من كثرته وعرف من عظمته والمراد بالقائم ههنا المصلى يقال فلان يقوم بالليل اذا كان يصلى فيه

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿ كتاب الجهاد ﴾
﴿ الترغيب فى الجهاد ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مثل المجاهد فى سبيل الله كمثل الصائم القائم الدائم الذى لا يفتر من صلاة ولا صيام حتى يرجع

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم القائم الذى لا يفتر من صلاة ولا صيام حتى يرجع يريد ان حال المجاهد فى سبيل الله فى أجره وثوابه مثل أجر هذا لان جميع تصرف المجاهد وأكله ونومه وغفلته يماثل ثوابه ثواب الذى يقرن بين الصلاة والصوم وقد روى أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال دلنى على عمل يعدل الجهاد فقال لا أجده هل تستطيع اذا خرج المجاهد أن تدخل المسجد تصلى لا تفتر وتصوم لا تفطر قال من يستطيع ذلك ص * مالك عن أبى الزناد عن الاعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تكفل الله لمن جاهد فى سبيله لا يخرجه من بيته الا الجهاد فى سبيله وتصديق كلماته أن يدخله الجنة أو يرده الى مسكنه الذى خرج منه مع ما نال من أجر أو غنيمة * ش قوله صلى الله عليه وسلم تكفل الله لمن جاهد فى سبيله الكفالة الضمان وانما أضاف الكفالة الى البارئ فى هذا العمل لانه أوفى كفيل على سبيل التعظيم لشأن الجهاد والتصحيح لثواب المجاهد وقوله لا يخرجه من بيته الا الجهاد فى سبيله يريد أن يكون خروجه فى جهاده خالصا لله تعالى لا يشوبه طلب الغنيمة ولا العصبية للأهل والعشيرة ولا حب الظهور ولا سمعة ولا شئ من المعانى غير الجهاد فى سبيل الله لتكون كلمة الله هى العليا واذا كانت نيته وعقده الجهاد فلا ينقص أجره ولا ينقض عقده ما نال من غنيمة بل هى رزق ساقه الله اليه وأجره وافر كامل وانما يكره أن يكون سبب خروجه وعقده ومقصده فى قتاله الغنيمة أو اظهار النجدة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وتصديق كلماته يحتمل أن يريد به الأمر بالقتال فى سبيل الله وما وعد الله عليه من الثواب ويحتمل أن يريد به الشهادتين وان تصديقه بهما يثبت فى نفسه عداوة من كذبهما والحرص على قتله والمجاهدة له وقوله صلى الله عليه وسلم أن يدخله الجنة أو يرده الى مسكنه الذى خرج منه يريد والله أعلم أن يدخله الجنة ان أصيب بموت أو قتل لانه ليس فى اللفظ ما يختص بالقتل دون غيره

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يدخله الجنة يحتمل وجهين أحدهما أن يدخله الجنة بأثر قتله ويكون هذا تخصيصا للشهداء كما خصوا بانهم يرزقون قال الله تعالى ولا تحسبن الذين قتلوا فى سبيل الله أمواتا بل أحياء عند ربهم يرزقون فرحين بما آتاهم الله من فضله والثانى أن يدخله الله الجنة بعد البعث ويكون فائدة تخصيصه ان ذلك يكون كفارة لجميع خطاياه وان كثرت إلا ما خصه الدليل وانه لا موازنة بين ما اكتسب من الخطايا وبين ثواب ما خرج له من الجهاد فلم يرجع ويؤيد هذا التأويل حديث أبى قتادة فى الذى سأل النبى صلى الله عليه وسلم أرأيت ان قتلت صابرا محتسبا مقبلا غير مدبر أيكفر الله عنى خطاياى فقال صلى الله عليه وسلم نعم ثم قال له بعد ان رد عليه الا الدين كذلك قال لى جبريل

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مع ما نال من أجر أو غنيمة يريد والله مع الذى ينال منهما فان أصاب غنيمة فله أجر وغنيمة وان لم يصب الغنيمة فله الأجر على كل حال فتكون أو بمعنى الواو كقول جرير

نال الخلافة أو كانت على قدر * كما أتى ربه موسى على قدر

وقد روى عن أبى عبد الرحمن الحبلى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ما من غازية تغزو فى سبيل الله فيصيبوا غنيمة الا تعجلوا ثلثى أجرهم من الأجرة ويبقى لهم الثلث فان لم يصيبوا غنيمة تم لهم أجرهم وهذا الحديث لا يثبت رواه أبو هانئ حميد بن هانئ وليس بمشهور ولو ثبت لكان

* وحدثنى عن مالك عن أبى الزناد عن الاعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تكفل الله لمن جاهد فى سبيله لا يخرجه من بيته الا الجهاد فى سبيله وتصديق كلماته أن يدخله الجنة أو يرده الى مسكنه الذى خرج منه مع ما نال من أجر أو غنيمة

معناه أن يصيبوا غنيمة على غير وجهها أو يكونوا قد خرجوا قاصدين لها مع ارادة الجهاد ولا يصح حمله على عمومه لانا لا نعلم غازيا أعظم أجرا من أهل بدر على ما أصابوا من الغنيمة وقد روى عن رفاعة بن نافع الزرقى وكان ممن شهد بدرا قال جاء جبريل عليه السلام الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال ما تعدون أهل بدر فيكم قال من أفضل المسلمين أو كلمة نحوها قال وكذلك من شهد بدرا من الملائكة وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لعمر بن الخطاب ما يدريك لعل الله اطلع على أهل بدر فقال اعملوا ما شئتم فقد غفرت لكم ص * (مالك عن زيد بن أسلم عن أبى صالح السمان عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل لرجل أجر ولرجل ستر وعلى رجل وزر فأما الذى هى له أجر فرجل ربطها فى سبيل الله فأطال لها فى مرج أو روضة فما أصابت فى طيلها ذلك من المرج أو الروضة كان له حسنات ولو أنها قطعت طيلها ذلك فاستنت شرفا أو شرفين كانت آثارها وأرواثها حسنات له ولو أنها مرت بنهر فشربت منه ولم يرد أن يسقى به كان ذلك له حسنات فهى له أجر ورجل ربطها تغنيا وتعففا ولم ينس حق الله فى رقابها ولا ظهورها فهى لذلك ستر ورجل ربطها فخرا ورياء ونواء لأهل الاسلام فهى على ذلك وزر وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحمر فقال لم ينزل على فيها شئ الا هذه الآية الجامعة الفاذة فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره) ش قوله صلى الله عليه وسلم الخيل لرجل أجر ولرجل ستر وعلى رجل وزر يريد أن اتخاذها وربطها فى الغالب يكون لأحد هذه الثلاث الأحوال إما لمجرد الأجر وهو لمن ربطها فى سبيل الله وإما للستر وهو لمن ربطها ليكتسب عليها وإما للوزر وهو لمن ربطها على الوجه الممنوع منه وارتباط الخيل وربطها هو اقتناؤها وأصله من الربط بالحبل والمقود ولما كانت الخيل لا تستبد من ذلك وكان كل من اقتنى فرسا ربطه وكثر ذلك من استعمالها حتى سموا اقتناءها واتخاذها رباطا فمعنى ربطها فى سبيل الله اعدادها لهذا الوجه واتخاذها بسببه وهو من وجوه البر يثاب عليه صاحبه فى حال مقامه دون استعماله فى الجهاد وغزو العدو لانه من باب الانفاق فى سبيل الله والاعداد له والارهاب على العدو فاذا غزا به كان له أجر الجهاد والغزو وأجر الاتخاذ والرباط

(فصل) الرباط يكون على وجهين أحدهما رباط الخيل وهو ما ذكرناه والأصل فيه قوله تعالى وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل الآية ورباط الخيل يكون اتخاذها فى موطن المتخذ لها وغير موطنه سواء كان فى الثغر وقرب العدو أو فى معظم الاسلام وبالبعد من العدو لان ذلك كله من باب اعداد القوة لانه قد يأتيه النفير ويحتاج الى الغزو ولا يجد من المهلة ما يتخذ فيه الخيل ولان الغازى بها يحتاج الى اختبارها وتأديبها قبل ذلك ولا يتم له مراده منها الا باتخاذها قبل الغزو بها والوجه الثانى من الرباط هو رباط الرجل نفسه وهو أن يربط نفسه لحفظ الثغور ويكثر سوادها والارهاب على من جاوره من العدو والأصل فى ذلك قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اصبروا وصابروا ورابطوا واتقوا الله لعلكم تفلحون وما روى عن سهل بن سعد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال رباط يوم فى سبيل الله خير من الدنيا وما فيها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فرباط الرجل نفسه هو أن يترك وطنه ويلزم ثغرا من الثغور المخوفة لمعنى الحفظ وتكثير السواد وأما من كان وطنه الثغر فليست اقامته به رباطا رواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك أن يحبس نفسه ويقيم لهذا الوجه خاصة فان أقام لغير ذلك فانه بمنزلة تصرفاته فلم يربط نفسه لمدافعة العدو وليس

* وحدثنى عن مالك عن زيد بن أسلم عن أبى صالح السمان عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل لرجل أجر ولرجل ستر وعلى رجل وزر فأما الذى هى له أجر فرجل ربطها فى سبيل الله فأطال لها فى مرج او روضة فما أصابت فى طيلها ذلك من المرج أو الروضة كان له حسنات ولو انها قطعت طيلها ذلك فاستنت شرفا أو شرفين كانت آثارها وأرواثها حسنات له ولو انها مرت بنهر فشربت منه ولم يرد أن يسقى به كان ذلك له حسنات فهى له أجر ورجل ربطها تغنيا وتعففا ولم ينس حق الله فى رقابها ولا فى ظهورها فهى لذلك ستر ورجل ربطها فخرا ورياء ونواء لأهل الاسلام فهى على ذلك وزر وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحمر فقال لم ينزل على فيها شئ الا هذه الآية الجامعة الفاذة فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره

كذلك رباط الخيل فان جمهور الناس يستغني عن اتخاذها هذا الذي ذكره أصحابنا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندي أن من اختار المقام والاستيطان بالثغر وموضع الخوف للرباط خاصة وانه لولا ذلك لأ مكنه المقام بغير ذلك من البلدان له حكم الرباط والله أعلم (مسئلة) اذا كان الثغر رباطا لموضع الخوف ثم ارتفعت المخافة لقوة الاسلام بذلك الموضع أو بعد العدوّ عنهم فان حكم الرباط يزول عنهم وقد سئل مالك عمن جعل شيأ في سبيل الله أيجعله في جدة قال لا قيل له فانه قد كان بها خوف قال فانه قد ذهب (مسئلة) ورباط الخيل والنفس من عدة الجهاد وقد سئل مالك أيما أحب اليك الرباط أم الغارات في العدو قال أما الغارات فلا أدرى كأنه كرهها وأما السير في أرض العدو على الاصابة يريد السنة فهو أحب الىّ ووجه ذلك انه كره الغارات لما كانوا يقصدون بها من أخذ الأموال ور بما غلوا وأما السير في أرض العدو وهو الغزو على الاصابة للحق والسنة لتكون كلمة الله هي العليا ولا يغل ويطيع الأمير في الحق فهو أفضل لان فيه زيادة على الرباط دخول أرض العدوّ واهانته وروى عن عبد الله بن عمر أنه قال فرض الله الجهاد لسفك دماء المشركين والرباط لحقن دماء المسلمين وحقن دماء المسلمين أحب الىّ من سفك دماء المشركين قال ابن حبيب وانما ذلك حين دخل في الجهاد ما دخل * قال القاضي أبو الوليد ووجه ذلك عندي والله أعلم أن يكون الخوف بثغر من الثغور قد اشتد حتى خيف على أهله من عدوهم فاستنفروا لادراك ذلك الثغر فان قصد ذلك الثغر حينئذ يكون أولى لان حقن دماء أهله أفضل من سفك دماء المشركين وأما أن يكون رجل من المسلمين يقصد ثغرا من الثغور للرباط فيه لا لعدو يترقب نزوله ويترك الغزو الى بلاد العدو فقد ترك الأفضل لان دخوله الى أرض العدو نكاية فيهم واهانة لهم وفيه مع ذلك حفظ للمسلمين لان نكاية العدو تضعفهم عن غزو المسلمين وقد قال على بن أبى طالب رضى الله عنه ما غزا قوم في عقر دارهم الا ذلوا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فأما الذى هي له أجر فرجل ربطها فذكر انه الربط في سبيل الله ثم وصف أن جميع تصرفها أجر وان لم يكن غزو فان أطال لها في مرج أو روضة للرعى فان ما أصابت من ذلك يكون له حسنات وقوله صلى الله عليه وسلم ولو أنها قطعت طيلها ذلك فاستنت شرفا أو شرفين كانت آثارها وأرواثها حسنات له يريد صلى الله عليه وسلم أن تصرف هذه الخيل وان كان بغير سببه يكون حسنات له ولذلك وصف أولا ما كان بسببه من الاطالة لها في المرج والروضة ثم ذكر ما يكون بغير سببه ومن غير اختياره من قطع الطيل وهو ما أطال لها فيه من الحبل واستنان الشرف هو الجرى الى ما يعلو من الأرض ورأيت لبعض أهل اللغة أن الشرف والطلق واحد فيكون معناها على هذا جريها طلقا أو طلقين والله أعلم وذكر بعد ذلك ما لم يرد فعله من أن تشرب من غير أن يريد سقيها وأخبر أن ذلك كله حسنات له من ربطها وانما أتى بذلك والله أعلم ليستوعب أنواع تصرفها والله أعلم

(فصل) وقوله ورجل ربطها تغنيا وتعففا يريد انه ربطها ليستغني بها ويعف عن السؤال وهو مع ذلك من قصده فيها لم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها يريد والله أعلم أن اتخاذها لهذا الوجه لا يسقط حق الله فيها فان ضيع حقوق الله فيها لم توصف بأنها ستر له خاصة لما يلحقه من المأثم والوزر بسببها وانما يوصف بذلك من لم يأثم باتخاذها لانه أدى حق الله تعالى في رقابها وظهورها والحقوق التى تتعلق لله برقابها أن تؤدى منها الحقوق اذا تعينت فيها باختصاصها بها أو لضيق ذمته عنها

واحتياجه الى أدائها من رقاب هذه الخيل وما يتعلق بذلك من ظهورها أن يتعين عليه فرض الجهاد بها اذا دعت الى ذلك ضرورة وان لم يتخذها للجهاد الا أنه يتعلق حق الله تعالى بها اذا تعين عليه الجهاد بها ويتعين عليه حمل الضعيف عليها اذا خاف عليه الهلكة ولم يجد محملا غيرها وما أشبه ذلك من الحقوق

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ورجل ربطها فخرا ورياء ونواء لاهل الاسلام يريد أن يفتخر بها ويرائي بها الاسلام وأما لو افتخر بها على أهل الشرك ورئاهم بها لكان ذلك من باب الخير الذى يرجو عليه الأجر وأما النواء فهو المقاومة على وجه العداوة من قولهم فلان ناوى فلانا اذا قاومه على عداوة فمن اقتنى فرسا يفتخر بها على أهل الاسلام ويناويهم بها فهى عليه وزر والله أعلم

(فصل) وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحمر يريد والله أعلم أن السائل له لم يعلم ان كان حكم الحمر حكم الخيل فيما ذكر من أنها لرجل أجر ولرجل ستر وعلى رجل وزر أو يكون مخالفا لحكم الخيل فى ذلك لانها لا تتخذ غالبا للجهاد ولا ترتبط فيه وهى مما جرت العادة أن يناوى بها ولا يفتخر باقتنائها ولا هى مما يكتسب بركوبها وأن يكتسب بالحمل عليها كالابل والبغال فقال صلى الله عليه وسلم لم ينزل على فيها شئ الا هذه الآية الجامعة الفاذة يريد والله أعلم انه لم ينزل عليه فيها من التقسيم والتفسير ما نزل فى الخيل لانها غير مشاركة لها فى ذلك ولكنها داخلة تحت قوله تعالى فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره والحمر وان لم تبلغ مبلغ الخيل فى الجهاد فقد يحمل عليها راحلته من لم يستطع اقتناء الخيل ويعمل عليها زاده وسلاحه ويتكسب عليها ضعفاء الناس وأما هى فيشتريها ويستعين بها أهل الشرك والبغى على غزو الاسلام فيوزرون بها فهذا مستفاد من عموم الآية لان اقتناءها لا يخلو أن يكون من عمل الخير أو من عمل الشر وقد أخبر تعالى من عمل شيئا منهما فانه يراه وهذا يدل على التعلق بالعموم لأنه صلى الله عليه وسلم تعلق بعموم الآية واستفاد منه حكما وهذا يدل على وجوب التعلق به لغة وشرعا وقوله صلى الله عليه وسلم الآية الجامعة يريد صلى الله عليه وسلم العامة وقوله صلى الله عليه وسلم الفاذة يريد القليلة المثل فى هذا الحكم يقال كلمة فاذة وفذة أى شاذة ص ✱ مالك عن عبد الله بن عبد الرحمن بن معمر الانصارى عن عطاء بن يسار أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا أخبركم بخير الناس منزلة رجل آخذ بعنان فرسه يجاهد فى سبيل الله ألا أخبركم بخير الناس منزلة بعده رجل معتزل فى غنيمته يقيم الصلاة ويؤتى الزكاة ويعبد الله ولا يشرك به شيئا ✱ ش قوله صلى الله عليه وسلم ألا أخبركم بخير الناس منزلة وقد علم أنهم يريدون ذلك على سبيل التنبيه لهم على الاصغاء اليه والاقبال على ما يخبر به والتفرغ لفهمه ويحتمل أن يريد بقوله صلى الله عليه وسلم خير الناس منزلة أكثرهم ثوابا فى الآخرة وأرفعهم درجة وقوله صلى الله عليه وسلم رجل آخذ بعنان فرسه يجاهد فى سبيل الله يريد والله أعلم أنه مواظب على ذلك ووصفه بانه آخذ بعنان فرسه يجاهد فى سبيل الله بمعنى أنه لا يخلو فى الاغلب من ذلك راكبا له أو قائدا هذا معظم أمره ومقصوده من تصرفه فوصف بذلك جميع أحواله وان لم يكن آخذا بعنان فرسه فى كثير منها

(فصل) وقوله ألا أخبركم بخير الناس منزلة بعده رجل معتزل فى غنيمته وصف رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل المنازل ونص عليها ورغب فيها من قوى عليها وأخبر بعد ذلك بفضل من قصر عن هذه المنزلة وضعف عنها فليس كل الناس يستطيع الجهاد ولا يقدر على أن يكون آخذا بعنان فرسه فيه

✱ وحدثنى عن عبد الله ابن عبد الرحمن بن معمر الانصارى عن عطاء بن يسار أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه ألا أخبركم بخير الناس منزلة رجل آخذ بعنان فرسه يجاهد فى سبيل الله ألا أخبركم بخير الناس منزلة بعده رجل معتزل فى غنيمته يقيم الصلاة ويؤتى الزكاة ويعبد الله لا يشرك به شيأ

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد قال أخبرنى عبادة بن الوليد ابن عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده قال بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة فى اليسر والعسر والمنشط والمكره وان لا ننازع الأمر أهله وان نقول أونقوم بالحق حيثما كنا لانخاف فى الله لومة لائم * وحدثنى عن مالك عن زيد بن أسلم قال كتب أبوعبيدة بن الجراح الى عمر بن الخطاب يذكر له جموعا من الروم وما

ففى الناس الضعيف والكبير وذو العاهة والفقير و وصف صلى الله عليه وسلم هذا المعتزل فى أنه فى غنيمته بلفظ التصغير اشارة والله أعلم الى قلة المال وقد يكون اعتزاله ضعفا عن الجهاد وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال فى غزاة ان أقواما بالمدينة خلفنا ماسلكنا شعبا ولا واديا الا وهم معنا حبسهم العذر ويحتمل أن تكون له قوة على الجهاد ولكنه يؤمن مع الغنى عنه بالانقباض والاعتزال لما يرى أن ذلك أرفق به وأوفق له فى دينه فهذا أقام الصلاة وآتى الزكاة وعبد الله تعالى فنزلته بعد منزلة المجاهد من أفضل المنازل لأدائه الفرائض واخلاصه لله العبادة و بعده عن الرياء والسمعة اذا خفى موضعه ولم يكن ذلك شهرة له ولأنه لايؤذى أحدا ولا يذكره ولا تبلغ درجته درجة المجاهد لأن المجاهد يذب عن المسلمين و يجاهد الكافرين حتى يدخلهم فى الدين يتعدى فضله الى غيره و يكثر الانتفاع به وهذا المعتزل لا يتعدى نفعه الى غيره ولو أن رجلا رأى أن الانقباض أسلم لدينه وأعدل لحاله و رأى أن نفسه أطوع له فى الصلاة والزكاة فأقبل عليها لهذا المعنى لكان ذلك والله أعلم الحظ له فمن الناس من يجد نفسه أطوع له فى الصلاة ومنهم من يجدها أطوع له فى الجهاد ومنهم من يجدها أطوع له فى غير ذلك من أبواب البر وانما ذلك بحسب مايفتح على الانسان و يقسم له ص * مالك عن يحيى بن سعيد قال أخبرنى عبادة بن الوليد بن عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده قال بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة فى اليسر والعسر والمنشط والمكره وأن لا ننازع الامر أهله وأن نقول أو نقوم بالحق حيثما كنا لانخاف فى الله لومة لائم * ش قوله رضى الله عنه بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أصل البيع فى كلام العرب المعاوضة فى الاموال ثم سميت معاقدة النبى صلى الله عليه وسلم ومعاهدة المسلمين مبايعة بمعنى أنه عاوضهم بما ضمن لهم من الثواب عوضا عما أخذ عليهم من العمل قال الله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون فى سبيل الله فيقتلون و يقتلون الى قوله الفوز العظيم

(فصل) وقوله على السمع والطاعة السمع ههنا يرجع الى معنى الطاعة ولعله أن يكون أصله الاصغاء الى قوله والتفهم له يريد أن الذى شرط علينا السمع والطاعة لاوامره ونواهيه على كل حال فى حال اليسر وحال العسر و يحتمل أن يريد به يسر المال وعسره والتمكن من جيد الراحلة و وافر الزاد والاقتصار على أقل ما يمكن منهما والمنشط والمكره يريد وقت النشاط الى امتثال أوامره و وقت الكراهية لذلك ولعله أن يريد بالمنشط وجود السبيل الى ذلك والتفرغ له وطيب الوقت وضعف العدو و يريد بالكره تعذر السبيل وشغل المانع وشدة الهواء بالحر والبرد وصعوبة السفر وقوة العدو

(فصل) وقوله وأن لا ننازع الامر أهله يريد الامارة ويحتمل هذا أن يكون شرطا على الأنصار ومن ليس من قريش أن لا ينازعوا فيه أهله وهى قريش ويحتمل أن يكون هذا مما أخذه على جميع الناس أن لا ينازعوا من ولاه الله الامر منهم وان كان فيهم من يصلح لذلك الامر اذا كان قد صار لغيره

(فصل) وقوله وان نقول أو نقوم شك من الراوى بالحق حيثما كنا يريد أن يظهروا الحق بالقول أو القيام به حيث كانوا من المواطن والاماكن لا يمنعهم من ذلك مخافة ولا لومة لائم ص * مالك عن زيد بن أسلم قال كتب أبو عبيدة بن الجراح الى عمر بن الخطاب يذكر له جموعا من الروم وما

يتخوف منهم فكتب اليه عمر رضي الله عنه أما بعد فانه مهما تنزل بعبد مؤمن من منزل شدة يجعل الله بعدها فرجا وانه لن يغلب عسر يسرين وأن الله جل ثناؤه يقول في كتابه ياأيها الذين آمنوا اصبروا وصابروا ورابطوا واتقوا الله لعلكم تفلحون ﴾ ش قوله كتب أبو عبيدة الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه اذا كان أمير المؤمنين يستشير فيما يفعله لما فجأ المسلمين من جموع الروم ويعلمه ما يتقى منهم ويخاف من ضعف مسلمي الثغور عنهم فكتب اليه عمر رضي الله عنه بما ذكر في الحديث يريد أن عاقبة المؤمنين الى الفرج وقوله رضي الله عنه فانه لن يغلب عسر يسرين قيل ان وجه ذلك انه لما عرف العسر اقتضى استغراق الجنس فكان العسر الاول هو الثاني من قوله تعالى فان مع العسر يسرا ولما كان اليسر منكرا كان الاول منه غير الثاني وقد أدخل البخاري في تفسير سورة ألم نشرح لك بأثر قوله تعالى ان مع العسر يسرا كقوله تعالى قل هل تربصون بنا الا احدى الحسنيين * فهذا يقتضي ان اليسرين عنده الظفر بالمراد والأجر فالعسر لا يغلب هذين اليسرين لانه لا بد أن يحصل للمؤمن أحدهما * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندي وجه ظاهر

(فصل) وقوله رضي الله عنه فان الله عز وجل يقول في كتابه ياأيها الذين آمنوا اصبروا وصابروا ورابطوا واتقوا الله لعلكم تفلحون وذكرهم هذه الآية ونبههم عليها لما تضمنت جميع ما يحتاجون اليه من الأمر بالصبر ومداومته وهو قوله وصابروا والأمر بالرباط هو المقام بالثغر وسده والذب عنه وعن أهله

﴿ النهي عن أن يسافر بالقرآن الى أرض العدو ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسافر بالقرآن الى أرض العدو قال مالك وانما ذلك مخافة أن يناله العدو ﴾ ش قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسافر بالقرآن الى أرض العدو يريد والله أعلم الصحف لما كان القرآن مكتوبا فيها سماه قرآنا ولم يرد ما كان منه محفوظا في الصدر لانه لا خلاف انه يجوز لحافظ القرآن الغزو وانما ذلك لانه لا اهانة للقرآن في قتل الغازي وانما الاهانة للقرآن بالعبث بالمصحف والاستخفاف به وقد روى مفسرا نهى أن يسافر بالمصحف رواه عبد الرحمن بن مهدي عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يسافر بالمصحف الى أرض العدو مخافة أن يناله العدو

(فصل) والسفر اسم واقع على الغزو وغيره قال ابن سحنون قلت لسحنون أجاز بعض العراقيين الغزو بالمصحف الى أرض العدو في الجيش الكبير كالطائفة ونحوها وأما السرية ونحوها فلا قال سحنون لا يجوز ذلك لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك عاما ولم يفصل وقد يناله العدو من ناحية الغفلة والدليل على صحة ما ذهب اليه سحنون انه لا قوة فيه على العدو وليس مما يستعان به على حربه وقد يناله لشغل عنه كما قال سحنون وقد يناله بالغلبة أيضا (مسئلة) ولو ان أحدا من الكفار رغب أن يرسل اليه بمصحف يتدبره لم يرسل اليه به لانه نجس جنب ولا يجوز له مس المصحف ولا يجوز لاحد أن يسلمه اليه ذكره ابن الماجشون وكذلك لا يجوز أن يعلم أحد من ذراريهم القرآن لان ذلك سبب لتمكنهم منه ولا بأس أن يقرأ عليهم احتجاجا عليهم به ولا بأس أن يكتب اليهم بالآية ونحوها على سبيل الوعظ كما كتب النبي صلى الله عليه وسلم الى ملك الروم ياأهل الكتاب تعالوا الى كلمة سواء بيننا وبينكم

يتخوف منهم فكتب اليه عمر بن الخطاب أما بعد فانه مهما ينزل بعبد مؤمن من منزل شدة يجعل الله بعده فرجا وانه لن يغلب عسر يسرين وان الله تعالى يقول في كتابه ياأيها الذين آمنوا اصبروا وصابروا ورابطوا واتقوا الله لعلكم تفلحون

﴿ النهي عن أن يسافر بالقرآن الى أرض العدو ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسافر بالقرآن الى أرض العدو قال مالك وانما ذلك مخافة أن يناله العدو

(فصــل) وقوله مخافة أن يناله العدو يريد أهل الشرك لانهم ربما تمكنوا من نيله والاستخفاف به فلاجل ذلك منع السفر به الى بلادهم

﴿ النهى عن قتل النساء والولدان فى الغزو ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن ابن لكعب بن مالك قال حسبت انه قال عن عبد الرحمن بن كعب انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين قتلوا ابن أبى الحقيق عن قتل النساء والولدان قال فكان رجل منهم يقول برحت بنا امرأة ابن أبى الحقيق بالصياح فارفع السيف عليها ثم أذكر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاكف ولولا ذلك استرحنا منها ﴾ ش قوله نهى الذين قتلوا ابن أبى الحقيق عن قتل النساء والولدان يريد حين أنفذهم لقتله فقتله عبد الله بن عتيك ونهيه هذا عن قتل النساء والولدان أصل فى المنع من ذلك وسيرد بعد هذا مفسرا وقوله برحت بنا يريد أظهرت أمرنا بصياحها فكان يمنعه قتلها اذا رفع عليها السيف ما يذكر من نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والولدان ولولا ما يذكره من ذلك النهى لقتلها فاستراحوا منها وهذا يدل على التعلق بالعموم لانه أجرى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عمومه فى سائر الحالات ولم يقصره على القصد الى ذلك دون الحاجة اليه والذى يظهر من مذهب أصحابنا انه لا تقتل المرأة اذا جرى منها مثل هذا من الانذار بالصياح وقد قال ابن سحنون لا يقتل النساء فى الحراسة خلافا للاوزاعى فى قوله يقتلن فى الحراسة ووجه ذلك ان الحراسة على الاسوار والحصون ليست من باب المدافعة وهذا مما يمكن النساء والصبيان فعله كالنظر والمراعاة ولا يستباح قتل هذين الصنفين ولكن يستباح قتلهم بالقتال والمدافعة التى ينفرد بها الرجال غالبا ص ﴿ مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى فى بعض مغازيه امرأة مقتولة فانكر ذلك ونهى عن قتل النساء والصبيان ﴾ ش قوله رأى فى بعض مغازيه امرأة مقتولة فانكر ذلك يحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم علم من حال تلك المرأة أنها لم تقاتل ويحتمل أن يكون حمل أمرها على المعهود من حال النساء فى بعدهن عن القتال والمنعة وقد روى رباح بن ربيع قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة فرأى الناس مجتمعين على شئ فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء فجاء فقال امرأة مقتولة فقال ما كانت هذه لتقاتل قال وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال لخالد لا تقتل امرأة ولا عسيفا فهذا يقتضى ان المنع من قتل النساء والصبيان لانهم لا يقاتلون وفيهن معنى آخر انهن من الأمور التى يستعان بها على العدو وينتفع بها دون مخافة منهن فاما ان قاتلوا فانهن يقتلن لان العلة التى منعت من قتلهن عدم القتال منهن فاذا وجد منهن وجدت علة اباحة قتلهن لان الحاجة داعية الى دفع مضرتهن وازالة منعهن الموجود فى الرجال (مسئلة) وهذا اذا قاتلن بالسلاح والرمح وشبهه وأما الرمى بالحجارة فهل يبيح قتلهن أم لا قال ابن حبيب لا يستباح بذلك قتلهن ورواه ابن ابن نافع عن مالك ووجه ذلك ان مضرة هؤلاء ضعيفة وغناهن عن قومهن قليل فلا حاجة بنا الى قتلهن ومنع الانتفاع بهن وقال سحنون يرميهن المسلمون بالحجارة وان قتلن فى ذلك ووجه ذلك قوله تعالى ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل (فرع) فاذا قلنا تجب مقاتلتهن ولم يستطع عليهن الأبعد أسرهن فهل يقتلن اختلف أصحابنا فى ذلك فروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انهن يقتلن وفى كتاب ابن سحنون لا يقتلن بعد الأسر وجه الرواية الأولى انهن بالقتال قد استحققن القتل ولا

﴿ النهى عن قتل النساء والولدان فى الغزو ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن ابن لكعب بن مالك قال حسبت أنه قال عن عبد الرحمن بن كعب أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين قتلوا ابن أبى الحقيق عن قتل النساء والولدان قال فكان رجل منهم يقول برحت بنا امرأة ابن أبى الحقيق بالصياح فأرفع السيف عليها ثم أذكر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكف ولولا ذلك استرحنا منها * وحدثنى عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى فى بعض مغازيه امرأة مقتولة فانكر ذلك ونهى عن قتل النساء والصبيان

يسقط ذلك عنهن بالأسر كالو قتلن أحدا من المسلمين ووجه الرواية الثانية انهن ممن يقر على غير جزية فلم يجز قتلهن بالأسر كالم يقاتلن ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد ان أبا بكر الصديق رضى الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يمشى مع يزيد بن أبى سفيان وكان أمير ربع من تلك الأرباع فزعموا أن يزيد قال لأبى بكر اما أن تركب واما أن أنزل فقال أبو بكر ما أنت بنازل وما أنا براكب انى أحتسب خطاى هذه فى سبيل الله ثم قال له انك ستجد قوما زعموا انهم حبسوا أنفسهم لله فدعهم وما زعموا انهم حبسوا أنفسهم له وستجد قوما فحصوا عن أوساط رؤسهم من الشعر فاضرب ما فحصوا عنه بالسيف وانى موصيك بعشر لا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تخربن عامرا ولا تعقرن شاة ولا بعيرا الا لمأكلة ولا تحرقن نخلا ولا تغرقنه ولا تغلل ولا تجبن ﴾ ش قوله ان أبا بكر الصديق رضى الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يمشى مع يزيد بن أبى سفيان يحتمل انه خرج معه على سبيل البر له والتشييع فيكون ذلك سنة فى تشييع الخارج الى الغزو والحج وسبل البر وأضاف مشيه الى يزيد بن أبى سفيان اما لانه اختص بمماشاته والقرب منه والمكالمة له واما لانه كان خروجه بسببه فقال خرج مع يزيد يشيعه بمعنى انه قصد بخروجه تشييعه وان لم يخرج جامعا

(فصل) وقوله فزعموا أن يزيد قال لأبى بكر اما أن تركب واما أن أنزل على معنى الاكرام لأبى بكر والتواضع له لدينه وفضله وخلافته لئلا تكون حاله فى الركوب أرفع من حاله فى المشى وقول أبى بكر الصديق رضى الله عنه ما أنت بنازل وما أنا براكب انى احتسبت خطاى هذه فى سبيل الله يريد ان قصده بالمشى فى تشييعهم ووصيتهم حسبة فى سبيل الله تعالى فلعله أراد الرفق به والتقوية له لما يلقاه من نصب العدو وتعب السفر ولقاء العدو ومقاومته وأبو بكر رضى الله عنه لا يلقى شيأ من ذلك فلم يحتج من التقوى والترفه ما يحتاج اليه يزيد

(فصل) وقوله رضى الله عنه انك ستجد أقواما زعموا انهم حبسوا أنفسهم لله فدعهم وما زعموا انهم حبسوا أنفسهم له يريد الرهبان الذين حبسوا أنفسهم عن مخالطة الناس واقبلوا على ما يدعون من العبادة وكفوا عن معاونة أهل ملتهم برأى أو مال أو حرب أو اخبار بخبر فهؤلاء لا يقتلون سواء كانوا فى صوامع أو ديارات أو غيران لان هؤلاء قد اعتزلوا الفريقين وعفوا عن معاونة أحدهما (مسئلة) وأما رهبان الكنائس فقال ابن حبيب يقتلون لانهم لم يعتزلوا أهل ملتهم وهم مداخلون لهم بحيث لا يمكن أن تعرف سلامتهم من معونتهم (مسئلة) ولا يسبى الرهبان ولا يخرجون من صوامعهم بل يتركون على حالهم خلافا للشافعى فى قوله يسبون ويسترقون لقول أبى بكر رضى الله عنه فدعهم وما زعموا انهم حبسوا أنفسهم له وهذا يقتضى ابقاءهم على حالهم فان كان للرهبان أموال فروى ابن نافع عن مالك فى الراهب له الغنمية والزرع فى أرض الروم انه لا يعرض له وذلك يسير ولا يعرض لبقره ولا لغنمه اذا عرف انها له ولذلك وجه يعرف وما أدرى كيف يعرف هذا وقال سحنون ان معنى ذلك من قول مالك اذا كان قليلا قدر عيشه وأما ما جاوز ذلك فلا يترك له وجه قول سحنون ان فى استئصال ماله قتله أو ازاله عن موضعه وقد تقدم ان ذلك غير جائز فلا بد أن يترك له ما يكفيه وما زاد عليه فلا حاجة له اليه فلا يترك له

(فصل) وقوله رضى الله عنه وستجد أقواما فحصوا عن أوساط رؤسهم يريد حلقوا أوساط رؤسهم قال ابن حبيب يعنى الشمامسة فأمره أن يضرب ما فحصوا عنه بالسيف يريد بذلك قتلهم ولم يرد ضرب ذلك الموضع خاصة وذلك كقوله تعالى اذ يوحى ربك الى الملائكة انى معكم فثبتوا الذين آمنوا سألقى

* وحدثنى عن مالك عن يحيي بن سعيد أن أبا بكر الصديق بعث جيوشا الى الشام فخرج يمشى مع يزيد بن أبى سفيان وكان أمير ربع من تلك الارباع فزعموا أن يزيد قال لأبى بكر اما أن تركب واما ان انزل فقال أبو بكر ما أنت بنازل وما أنا براكب انى أحتسب خطاى هذه فى سبيل الله ثم قال له انك ستجد قوما زعموا انهم حبسوا أنفسهم لله فذرهم وما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم له وستجد قوما فحصوا عن أوساط رؤسهم من الشعر فاضرب ما فحصوا عنه بالسيف وانى موصيك بعشر لا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تخربن عامرا ولا تعقرن شاة ولا بعيرا الا لمأكله ولا تحرقن نخلا ولا تفرقنه ولا تغلل ولا تجبن

في قلوب الذين كفروا الرعب فاضربوا فوق الأعناق واضربوا منهم كل بنان وأما ضرب أوساط رؤسهم بالسيف فلا يجوز ذلك الا قبل الأسر لهم في نفس الحرب وأما بعد أسرهم والتمكن منهم فلا ينبغي أن يمثل بهم ولا يعبث في قتلهم ولكن تضرب أعناقهم صبرا الا أن يكونوا قد فعلوا بالمسلمين على وجه التمثيل فيعمل بهم مثله قال الله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به

(فصل) لم يذكر في هذا الحديث تقديم الدعوة والمشركون في ذلك على ضربين طائفة قد بلغتهم الدعوة وطائفة لم تبلغهم فأما من بلغته الدعوة فروى عن مالك تلتمس غرتهم ويقاتلون دون تقديم دعوة الى الاسلام وهذه رواية العراقيين عن مالك وفي المدونة روايتان عن مالك قال ابن القاسم لا يبيتوا اغزوناهم نحن أو أقبلوا الينا غزاة في بلادنا حتى يدعوا قال وقد قال مالك أيضا الدعوة ساقطة عمن قارب الدار لعلمهم بما يدعون اليه وأما من شك في أمره نخيف أن لا تبلغه الدعوة فان الدعوة أقطع للشك وأنزه للجهاد يبلغ بك وبهم ما بلغ وقال أبو حنيفة ان بلغتهم الدعوة فحسن أن يدعوا قبل القتال وان لم تبلغهم الدعوة لم يبتدؤا بالقتال حتى يدعوا وقال الشافعي لا أعلم أحدا من المشركين لم تبلغه الدعوة الا أن يكون خلف الذين يقاتلون قوم من المشركين خلف الخزر والترك لم تبلغهم الدعوة فلا يقاتلوا حتى يدعوا الى الايمان وجه الرواية الأولى ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث محمد بن مسلمة وأبا نائلة الى كعب بن الاشرف وابن أبي الحقيق فبيتوهما غارين وقتلوهما ولم يقدما دعوة حين قتلاهما ومن جهة المعنى ما احتج به في المدونة انه قد تقدم علمهم بما يدعون اليه وعادوا الدين وأهله والدعوة لا تحدث لهم إلا تحذيرا وانذارا وهم مع ذلك يطلبون الغرات والعورات فيجب أن يلتمس منهم ويؤخذوا بها * قال القاضي أبو الحسن وعلى كل حال فيستحب أن يدعوا الى الايمان قبل القتال ووجه الرواية الثانية ما روى أن علي بن أبي طالب قال للنبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر نقاتلهم حتى يكونوا مثلنا فقال صلى الله عليه وسلم انفذ ثم ادعهم الى شهادة أن لا اله الا الله فوالله لان يهدى الله بك رجلا واحدا خير لك من حمر النعم ومن جهة المعنى ان هذا حرب للمشركين فلزم أن يتقدم بالدعوة كغير العالمين لان تجديد الدعوة قد يكون فيها من التذكير بالله والايمان به ما لم يكن فيما تقدم (فرع) اذا ثبت ذلك فان هذا حكم الروم وأما القبط فقد قرن مالك بينهم وبين الروم فقال لا يقاتلوا ولا يبيتوا حتى يدعوا ولا نرى الدعوة بلغتهم وكذلك الفرازنة قال القاضي وهم جنس من الحبشة قال ولم ير مالك بلوغ الدعوة غرة فيهم ووجه ذلك انهم قد استعملوا الكف عن المسلمين ولم يعاجلوا بالمحاربة ولا استعملوا طلب الغرة فلم يكن في تقديم الدعوة وجه مضرة وكذلك اذا كان المسلمون ظاهرين ولم يكن في تقديم الدعوة لمن قد بلغته وجه مضرة فان الدعوة ثابتة في حقهم ولذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتقديم الدعوة على محاربة أهل خيبر وقد تقدم علمهم بما يدعو النبي صلى الله عليه وسلم ولا خلاف في ذلك لطول المدة وقرب المسافة (فرع) فان عوجل أحد ممن لم تبلغه الدعوة فقتل قبل أن يدعى الى الايمان فقد قال أبو حنيفة لا دية فيه وقال الشافعي الدية على عاقلة القاتل قال القاضي أبو الحسن ولست أعرف لمالك فيه نصا والأظهر عندي قول أبي حنيفة قال والدليل على ذلك ان من أصلنا ان المسلم اذا أقام بدار الحرب مع القدرة على الخروج ثم قتل خطأ لم تكن فيه دية فالكافر منهم أولى الا أن تكون فيه دية قال وأيضا فانه ليس فيه أكثر من انا ممنوعون من قتله وذلك لا يوجب فيه دية لكونه في دار الحرب كقتل نسائهم وذراريهم وكذلك الرهبان والشيخ الفاني

(فصل) وقوله رضى الله عنه انى موصيك بعشر خلال لاتقتلن امرأة ولا صبيا على حسب ماتقدم من المنع من قتل النساء والصبيان وان الصبى هو الذى لم يحتلم ولم ينبت فان أنبت ولم يحتلم فهل يقتل أم لا اختلف أصحابنا فى ذلك فقال أكثرهم يقتل وقال ابن القاسم لايقتل حتى يحتلم وجه القول بالقتل ماروى عن عطية القرظى انه قال عرضنا على النبى صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فكان من أنبت مناقتل ومن لم ينبت خلى سبيله فكنت فيمن لم ينبت فخلى سبيلى ومن جهة المعنى ان الاحتلام انما يتعلق به حقوق البارى تعالى وأما حقوق الآدميين فالأحكام التى تنفذ بين الناس فلا يجوز أن تتعلق بالاحتلام لانه أمر لايدرى ويمكن كتمانه وادعاؤه وانما يجب أن يعلق ذلك بأمر يظهر ويمكن معرفته بالنظر اليه وهو الانبات على انه فى الأغلب لايتأخر عن الاحتلام ولايتقدم عليه بكثير مدة وأكثر ما يكون مقارناله والله أعلم

(فصل) وقوله رضى الله عنه ولا كبيرا هرما يريد الشيخ الهرم الذى بلغ من السن مالايطيق القتال ولاينتفع به فى رأى ولا مدافعة فهذا مذهب جهور الفقهاء الا انه لايقتل وبه قال مالك وأبو حنيفة وللشافعى قولان أحدهما مثل قول الجماعة والثانى يقتل هو والراهب والدليل على مانقوله قول أبى بكر رضى الله عنه هذا ليزيد بن أبى سفيان ولامخالف له فثبت انه اجماع ومن جهة القياس ان هذا ممن لايقاتل ولايعين العدو بمنع دائم فلا يجوز قتله كالمرأة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المشركين على ضربين أحدهما من لايخاف منه مضرة ولا معونة برأى ولا مال كالراهب والشيخ الفانى فهذا قد تقدم حكمه والضرب الثانى أن يكون ممن تخشى مضرته فيكون فيه المعونة بالحرب أو الرأى أو المال فهذا اذا أسر يكون الامام مخيرا فيه بين خمسة أشياء أن يقتله أو يفادى به أو يمن عليه أو يسترقه أو يعقد له الذمة على أداء الجزية فأما الاسترقاق وعقد الذمة فلا خلاف نعلمه فى جوازهما وأما القتل فحكى القاضى أبو الحسن انه لاخلاف فى جوازه وحكى القاضى أبو محمد عن الحسن المنع من ذلك وانه قال اصنع كما صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم بأسارى بدر يمن عليه أو يفاديه والدليل على جواز ذلك قوله تعالى ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض ودليلنا من جهة السنة تواتر الاخبار عن النبى صلى الله عليه وسلم بقتل عقبة بن أبى معيط والنضر بن الحارث من أسارى بدر ومن جهة المعنى انه ليس فى الأسر حقن للدم وانما يحقن الدم بعقد الأمان (مسئلة) وأما المن أو المفاداة فانه جائز عند جهور الفقهاء وبه قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لايجوز المن ولا المفاداة وحكى هذا القول عن أصحاب الشافعى غير انهم قالوا لايفادى بمال وهذا القول فى المفاداة انما هو لسحنون والدليل على صحة جواز المن والمفاداة قوله تعالى فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب حتى اذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق فاما منا بعد واما فداء حتى تضع الحرب أوزارها ودليلنا من جهة السنة ماتظاهرت الأخبار به من مفاداة أهل بدر ودليلنا من جهة القياس ان هذا قتل يجوز تركه الى غير بدل فجاز تركه الى بدل كالقصاص (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الامام يجب أن ينظر فى ذلك بحسب الاجتهاد فمن علمت شجاعته واقدامه أو رأيه وتدبيره فالأولى قتله ومن لم يكن بهذه الصفة وكان صانعا أو عسيفا فالأفضل استبقاؤه ومن رجى اسلامه والانتفاع به فالأولى أن يمن عليه ومن كان غناؤه عنهم قليلا وأخذ عنه عوض نافع من مال أو أسير من أسرى المسلمين فودى

(فصل) وقوله رضى الله عنه ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تخربن عامرا هذا على ضربين أما ما كان من البلاد مما يرجى أن يظهر عليه المسلمون فانه لايقطع شجره المثمر ولا يخرب عامره

لما يرجى من استيلاء الاسلام عليه وانتفاعهم به وما كان بحيث لا يرجى مقام المسلمين به لبعده وتوغله فى بلاد الكفر فانه يخرب عامره ويقطع شجره المثمر وغيره لان فى ذلك اضعافا لهم وتوهينا واتلافا لما يتقوون به على المسلمين قال ابن حبيب قال مالك وأصحابه انما نهى الصديق عن اخراب الشام لانه علم مصيرها للمسلمين وأما ما لا يرجى ظهورهم عليه فخراب ذلك مما ينبغى قال ابن حبيب هو الصحيح وقد حرق النبى صلى الله عليه وسلم نخل بنى النضير

(فصل) وقوله ولا تعقرن شاة ولا بعيرا الا لمأكلة وهذا أيضا على ضربين أحدهما أن يكون الابل والغنم فيستطيع المسلمون أن يخرجوها ويتمولوها فلا تعقر الا لحاجة ويحتمل أن يريد بالعقر الذبح والنحر فيقول لا يسرع بذبحها ونحر ابلها الا لحاجتهم الى أكلها فأما على وجه السرف والافساد أو على وجه التمول والاخراج للبيع الى بلاد المسلمين فلا ويحتمل أن يريد بالعقر الحبس لما شرد منها بالعقر الذى يحبس ما ند وشرد ولا تبلغ مبلغ القتل فيقول ما شرد عليكم فلا يمكنكم ركوبه واستعماله فلا ترموه ولا تعقروه وليكن فى جملة ما يساق من الابل ولا تعقروه على الوجه المذكور الا لحاجتكم الى أكله فاحبسوه بالعقر ثم ذكوه بعد التمكن منه بالنحر (مسئلة) والضرب الثانى من الابل والغنم ما يعجز المسلمون عن اخراجه فانه يقتل أو يعقر وهو الذى عناه بقوله المروى عنه فى كتاب ابن المواز ولا بأس أن يعقر غنمهم وبقرهم وان لم يحتج الى ذلك لان فى ترك ذلك تقوية للعدو وفى اتلافه اضعافا لهم فان كانوا ممن يأكل الميتة فالصواب أن تحرق بعد العقر ان أمكن ذلك ليبطل انتفاعهم بها وبالله التوفيق فعلى هذا يحمل قول أبى بكر رضى الله عنه على ما يمكن اخراجه وحمله ابن وهب على عمومه فقال لا يجوز قتل شئ من الحيوان الا لمأكلة (مسئلة) وأما دوابهم وخيلهم وبغالهم وحمرهم فانها تعقر اذا عجز عن اخراجها والانتفاع بها لم يختلف فى ذلك أصحابنا غير ابن وهب وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى لا يجوز عقرها وبه قال ابن وهب من أصحابنا ولكن تخلى والدليل على ما نقوله ان هذه أموال باقية يتقوى بها العدو فجاز اتلافها عليهم كالزرع القائم والشجر المثمر (فرع) واختلف أصحابنا فى صفة العقر فقال المصريون من أصحاب مالك تعرقب وتذبح أو يجهز عليها وقال المدنيون من أصحابه يجهز عليها وكرهوا أن تذبح أو تعرقب قال ابن حبيب وبه أقول لان الذبح مثلة والعرقبة تعذيب وهذا الذى قاله ابن حبيب ليس ببين لان الذبح لم يكره فى الخيل لانه مثلة وانما كره لانه ذريعة الى اباحة أكلها قال أصحابنا يضرب عنقه وتبقر بطنه فأما العرقبة فانه تعذيب على ما ذكره والصواب الاجهاز عليه بوجه يمنع أكله عند من قال بذلك ووجه ما حكاه عن البصريين أنه ربما اضطر اليه أحد من المسلمين فيكون أولى من الميتة وكذلك ما وقف من خيل المسلمين ببلد العدو فحكمه عند مالك وأصحابه ما ذكرناه فى خيل العدو وأما سائر الأموال مما ليس بحيوان فان عجز عنه أحرق ولم يترك طعاما كان أو غيره

(فصل) وقوله ولا تحرقن نحلا ولا تغرقنه يريد ذباب النحل لا يحرق بالنار ولا يغرق فى ماء واختلف قول مالك فيما لا يقدر على اخراجه من ذلك فروى ابن حبيب عن مالك يحرق ويغرق وروى عن مالك انه كره ذلك وجه الرواية الاولى انه لا طريق الى اتلافها الا بذلك واتلافها مأمور به لانها مما يقوى به العدو فاذا لم يكن اتلافها الا بالنار توصل اليه بها كالفارين من العدو ووجه الرواية الثانية ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال قرصت نملة نبيا من الانبياء فأمر بقرية من النمل فأحرقت فأوحى الله اليه أن قرصتك نملة أحرقت أمة من الامم تسبح وهذا ما لم تدع الى ذلك حاجة أكل فان

احتاج الى ذلك ولم يمكنه دفعها الا بتحريقها أو تغريقها فعل من ذلك ما يتوصل به الى ما يتناول ما في جباحها وبالله التوفيق

(فصل) وقوله رضي الله عنه لا تغلل ولا تجبن الغلول أن يأخذ من الغنيمة بعض الغانمين ما لم تنصبه المقاسم وسيأتي بيانه ان شاء الله تعالى والجبن الجزع والفرار عمن لا يجوز الفرار عنه وهو من الكبائر عند ابن القاسم وأكثر أصحابنا وقال الحسن البصري لم يكن الفرار من الزحف كبيرة الا يوم بدر والدليل على ما نقوله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار الآية (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد اختلف الناس في المعنى المراعى في جواز الفرار عن العدو في الحرب فالذي عليه جمهور أصحابنا العدد وبه قال ابن القاسم وروى ابن الماجشون عن مالك انه قال الجلد وهو السلاح والقوة وجه قول ابن القاسم قوله تعالى ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين الآية ثم قال بعد ذلك الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين باذن الله والله مع الصابرين (مسئلة) وهذا اذا أمن أن يكثروا فأما في بلادهم وحيث يخاف تكاثرهم فان للعدد اليسير أن يولوا عن مثلهم لان فرارهم ليس عن العدد اليسير وانما هو مخافة أن يكثروا وكذلك ان فر عدد من المسلمين عن مثلهم من العدو بحيث لا يجوز لهم الفرار وكان منهم من لا يريد ذلك فان له اذا انهزم أصحابه ويئس منهم أن يولي حينئذ لان توليه انما هو عن جماعة العدو وانحيازا الى أصحابه وقد فعل ذلك النبي صلى الله عليه وسلم ومن ثبت معه يوم أحد حين انهزم المسلمون ويئس من رجعتهم انحاز في آخرهم الى المسلمين

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز كتب الى عامل له من عماله انه بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث سرية يقول لهم اغزوا باسم الله في سبيل الله تقاتلون من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا وقل ذلك لجيوشك وسراياك ان شاء الله والسلام عليك

ص * مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز كتب الى عامل من عماله انه بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث سرية يقول لهم اغزوا باسم الله في سبيل الله تقاتلون من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا وقل ذلك لجيوشك وسراياك ان شاء الله والسلام عليك * ش قوله رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية السرية من يدخل دار الحرب مستخفيا والجيش من يدخل معلنا وظاهرا مغالبا وليس لعددهما حد وقد روي خير الصحابة أربعة والطلائع أربعون وخير السرايا أربعمائة وخير الجيوش أربعة آلاف ولن يغلب اثنا عشر ألفا من قلة ولا تبييت

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اغزوا باسم الله في سبيل الله تقاتلون من كفر بالله على معنى تبيين ما يفارقهم عليه وتذكيرهم بتحقيق النية عند ابتداء العمل وقوله صلى الله عليه وسلم لا تغلوا يريد الغلول وسيرد بيانه ان شاء الله وقوله صلى الله عليه وسلم ولا تغدروا والغدر هو نقض العهد وترك الوفاء للمشركين وغيرهم وذلك مما لا خلاف في المنع منه وقد روى ابن عمر سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول لكل غادر لواء ينصب له يوم القيامة بغدرته (مسئلة) والتأمين على ضربين أحدهما أن يؤمن العدو بحيث القوة للمسلمين فهذا لا يجوز الغدر به ولا خلاف في ذلك والثاني أن يؤمنهم الاسير في أيديهم ابتداء أو يطلقوه من الثقاف بشرط ذلك وذلك يتناول أحد أمرين أحدهما أن يؤمنهم على أنفسهم وسنأتي ببيان ذلك ان شاء الله والثاني أن يؤمنهم من فراره وأخذ شيء من أموالهم فان آمنهم من فراره لزمهم الوفاء به قاله ابن القاسم وقال سفيان الثوري له أن يفر والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم * قال القاضي أبو الوليد وعندي ان هذا انما هو اذا عاهدكم مختارا للعهد وأما ان أكره عليه فانه لا يلزمه الوفاء به ويجوز له الفرار

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ولا تمثلوا يريد العبث في قتلهم بقطع الايدي والارجل وفقء العين وقطع الآذان وانما يقتل من أسر منهم بضرب الرقاب وأما ما روي من ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالعرنيين الذين قتلوا رعاء النبي صلى الله عليه وسلم واستاقوا نعمه فأمر بهم النبي صلى الله عليه وسلم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم فانه روى سليمان التيمي عن أنس انهم كانوا فعلوا بالرعاء مثل ذلك ومثل هذا يجوز من مثل بمسلم أن يمثل به على سبيل القصاص والمقارضة على فعله (مسئلة) وهذا في قتلهم بعد الاستيثاق منهم فأما في الحرب فانهم على ضربين أحدهما أن يضعف المشرك عن المحاربة ويستسلم فهذا يجوز قتله بالطعن والضرب دون التمثيل ولا التعذيب والضرب الثاني أن يكون مقاتلا ومدافعا فهذا يجوز أن يتوصل الى اذايته بكل ما يمكن بما فيه تمثيل وغيره

(فصل) وقوله رضي الله عنه وقل ذلك لجيوشك وسراياك ان شاء الله والسلام انما خص الامير بهذه الوصية ثم أمره أن يوصي بها من ينفذه من الجيوش والسرايا لانه هو الذي يطاع أمره فاذا أمر بذلك من ينفذه امتثل أمره وبالله التوفيق

﴿ماجاء في الوفاء بالأمانات﴾ * حدثني يحيي عن مالك عن رجل من أهل الكوفة أن عمر بن الخطاب كتب الى عامل جيش كان بعثه انه بلغني ان رجالا منكم يطلبون العلج حتى اذا أسند في الجبل وامتنع قال رجل مطرس يقول لاتخف فاذا أدركه قتله واني والذي نفسي بيده لاأعلم مكان واحد فعل ذلك الاضربت عنقه قال يحيي سمعت مالكا يقول ليس هذا الحديث بالمجتمع عليه وليس عليه العمل

﴿ ماجاء في الوفاء بالامان ﴾

ص ﴿مالك عن رجل من أهل الكوفة ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى عامل جيش كان بعثه انه بلغني أن رجالا منكم يطلبون العلج حتى اذا أسند في الجبل وامتنع قال رجل مطرس يقول لاتخف فاذا أدركه قتله واني والذي نفسي بيده لاأعلم مكان أحد فعل ذلك الاضربت عنقه * قال مالك ليس هذا الحديث بالمجتمع عليه وليس عليه العمل﴾ ش قوله رضي الله عنه انه بلغني ان رجالا منكم يطلبون العلج يريد يفر أمامهم فيتبعونه حتى اذا أسند في الجبل يريد صار في سنده وامتنع فيه ممن طلبه قال له مطرس وهذه لفظة فارسية تقول الفرس مطرس أي لاتخف فاذا أدركه قتله فانكر عمر رضي الله عنه قتله بعد أن أمن لانه نقض لما عقد له من التأمين وقد أمر الله تعالى بأن يوفى بالعهد فقال ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وقال عز وجل وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم وفي التأمين خمسة أبواب * الباب الأول في صفة التأمين * الباب الثاني في وقت التأمين * والباب الثالث في صفة المؤمن * والباب الرابع فيما يثبت به التأمين * والباب الخامس في مقتضى التأمين

﴿ الباب الأول في صفة التأمين ﴾

التأمين لازم بكل لسان عربيا كان أو غيره سواء فهمه المؤمن أو لم يفهمه والاعتبار فيه بأحد الجنبتين فان أراد المؤمن التأمين ولم يفهمه الحربي فقد لزم الامان وكذلك ان أراد به المؤمن منع الامان فظن الحربي انه أراد التأمين فقد لزم من الامان أن لايقتله بذلك الاستسلام وحكم الاشارة في ذلك حكم العبارة والكناية لان التأمين انما هو معنى في النفس فيظهره تارة بالنطق وتارة بالكناية وتارة بالاشارة فكل ما بين به التأمين فانه يلزم كالكلام

﴿ الباب الثاني في وقت التأمين ﴾

التأمين لازم مالم يكن الحربي مأسورا أو في حكم المأسور ممن تيقنت غلبته وظهر الظفر به فأما المأسور فأمره الى الامام فليس لغيره الافتيات عليه فيه كما أنه ليس لغير الامام استرقاقه ولا عقد الذمة له كذلك ليس له تأمينه والمن عليه ولو أشرف المسلمون على أخذ حصن وتيقن أخذه فأمن أهله رجل من المسلمين كان للامام رد تأمينه قاله سحنون لان حق المسلمين قد تعلق بهم فليس لهذا

المؤمن ابطاله ولو تقدم الامام بمنع التأمين ثم تعدى بعد ذلك رجل من المسلمين فأمن أحدا كان للامام رد تأمينه ورد الحربي الى ما كان عليه قبل الامان ان لم يعلموا منع الامام وان علموا

﴿ الباب الثالث في صفة المؤمن ﴾

المؤمنون على ضربين آمن وخائف فاما الآمن فاذا اجتمعت له صفات الامان وهي خمسة المذكورة والحرية والبلوغ والعقل والاسلام جاز تأمينه عند مالك فان عدم بعض هذه الفصول فقد اختلف العلماء فيه وقال عبد الملك بن الماجشون لا يلزم غير تأمين الامام فان أمن غيره فالامام بالخيار بين أن يمضيه و بين أن يرده والاصل فيما ذهب اليه مالك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل ودليلنا من جهة القياس ان هذا مسلم يعقل الامان فجاز أمانه كالامام (مسئلة) وأما الانوثة فلا تمنع صحة الامان وسيأتي ذكرها بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما الحرية فقد اختلف أصحابنا في مراعاتها فقال القاضي أبو الحسن لم أجد فيه نصا لمالك ولكنهم يحكمون بلزوم أمان العبد ونراه قياس قول مالك وقد نص على لزومه ابن القاسم وذكر القاضي أبو محمد لزوم أمان العبد على انه مذهب مالك وبه قال الشافعي وأخرج الشيخ أبو محمد في النوادر رواية معن بن عيسى عن مالك أنه قال لا يصح أمان العبد وما سمعت فيه شيأ وقال سحنون ان أذن له سيده في القتال جاز أمانه وان لم يأذن له سيده في القتال لم يجز أمانه وبه قال أبو حنيفة وجه اجازة أمانه قوله صلى الله عليه وسلم ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم والعبيد من أدنى المسلمين ودليلنا من جهة القياس أن كل من لزم أمانه اذا أذن له في القتال لزم وان لم يؤذن له كالاجير والمرأة ووجه رواية معن أنه محجور عليه فلم يجز تأمينه كالطفل والذي لا يعقل (مسئلة) وأما البلوغ فاختلف أصحابنا فيه فقال ابن القاسم يجوز تأمين الصبي اذا عقل الامان وقال سحنون ان أجازه الامام في المقاتلة جاز تأمينه والا فلا أمان له وقال الشافعي لا يلزم أمانه وجه قول ابن القاسم ان هذا مسلم يعقل الامان فجاز تأمينه كالبالغ (مسئلة) وأما العقل فلا اختلاف في اعتباره في لزوم الامان وصحته لأن من لا يعقل لا يعتبر بأقواله ولا تصح مقاصده وأما الاسلام فالظاهر من المذهب الاعتبار به وبه قال أبو حنيفة والشافعي والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم فخص بذلك المسلمين

﴿ الباب الرابع فيما يثبت به الامان ﴾

قد اختلف أصحابنا في ذلك فقال سحنون لا يثبت الا بقول شاهدين وأما بقول المؤمن فلا يثبت له التأمين وقال ابن القاسم يثبت بقول المؤمن وبه قال الاوزاعي وأصبغ وابن المواز وجه ما قاله سحنون أن التأمين فعل المؤمن والزام سائر المؤمنين تأمينه لا يثبت بقوله وانما يثبت بشهادة غيره ووجه قول ابن القاسم أن هذا شخص يصح أمانه فوجب أن يقبل فيه قوله كالامام

﴿ الباب الخامس في مقتضى التأمين ﴾

أما التأمين فانه على ضربين أحدهما التأمين المطلق الذي لا مخافة بعده أن لا يحدث والثاني تأمين مترقب فأما الاول فمثل أن يؤمن الامام الرجل والجماعة من المشركين تأمينا مطلقا فهذا يقتضي كونه آمنا من القتل والاسترقاق فان أراد البقاء في بلاد المسلمين على أداء الجزية كان له ذلك وان أراد الرجوع الى حيث شاء من بلاد الحرب فهو آمن حتى يبلغ موضع امتناعه من بلاد الحرب وهذا

حكم من أمنه المسلم الجائز الامان وأما التأمين المترقب فان ينظر فيه الامام فان رآه صوابا أمضاه والا رده ورده الى مأمنه وهذا مذهب مالك وابن الماجشون وقال سحنون ان التأمين أن لا يكون لأحد من الجيش قتل المؤمن وينظر الامام في حاله فان رأى التأمين صوابا أمضاه والا رده الى مأمنه ولعل هذا أن يكون تجوزا ممن يقوله من أصحابنا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والصواب عندي أن يرد الى مثل الحالة التي كان عليها قبل التأمين ولو لزم رده الى مأمنه لكان أمانا تاما فهذا عند سحنون هو التأمين الصحيح وابن الماجشون يرى هذا رد الامان

(فصل) وقوله والذي نفسي بيده لا أعلم مكان أحد فعل ذلك الا ضربت عنقه يحتمل أن يكون عمر رضي الله عنه رأى قتل المسلم بالمستأمن وقد قال به أبو يوسف ومنع منه مالك وأبو حنيفة والشافعي ولذلك قال مالك ليس هذا الحديث بالمجتمع عليه وليس عليه العمل يريد أن من قتل من المسلمين مستأمنا فانه لا يقتل به ص ﴿ وسئل مالك عن الاشارة بالامان أهي بمنزلة الامان فقال نعم واني أرى أن يتقدم الى الجيوش أن لا تقتلوا أحدا أشاروا اليه بالامان لأن الاشارة عندي بمنزلة الكلام وأنه بلغني أن عبد الله بن عباس قال ما ختر قوم بالعهد الا سلط الله عليهم العدو ﴾ ش وهذا كما قال ان الاشارة بمنزلة الكلام والكتابة لأنها افهام بالامان فيجب أن يتقدم الى الجيوش أن لا يقتلوا من أشاروا اليه بالامان والاشارة بالامان على ضربين أحدهما أن يشير الى ممتنع بالامان فهذا يكون آمنا يذهب حيث شاء والثاني أن يؤمن أسيرا بعد ان يأسره فهذا لا يجوز له ولا لغيره قتله حتى يبلغ الامام فيرى فيه رأيه لأنه أمنه بعد ان ثبت فيه حكم النظر للامام

(فصل) وقول عبد الله بن عباس ما ختر قوم العهد يريد نقضوه ولم يفوا به الا سلط الله عليهم عدوهم يريد ان هذه عقوبتهم التي تختص بهم في الدنيا مع ما في ذلك من المأثم والله أعلم

﴿ العمل فيمن أعطى شيئا في سبيل الله ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان اذا أعطى شيئا في سبيل الله يقول لصاحبه اذا بلغت وادي القرى فشأنك به ﴾ ش قوله أن عبد الله بن عمر كان اذا أعطى شيئا في سبيل الله يريد أخرج فيه نفقة أو فرسا أو سلاحا يقول لصاحبه يريد الذي يدفع اليه ذلك اذا بلغت وادي القرى يريد أن هذا نهاية في سفره ومقتضى غزوه في رجوعه غازيا من الشام وقوله فشأنك به يعني هو لك وفي هذا مسئلتان احداهما حكم محل العطية والثانية حكم العطية فأما حكم محل العطية فعلى ضربين أحدهما الاطلاق والثاني التعيين فأما الاطلاق فهو أن يقول مالي في سبيل الله فان منصرفه الى الغزاة ومن في موضع الجهاد لأن اطلاق هذه اللفظة وظاهرها يقتضي الجهاد فان كان في موضع لا جهاد فيه ولا غزو فلا يعطى منه حاج ولا غيره قاله مالك قال سحنون ويعطى منه الصبيان والنساء والاعمى والمقعد وقال سحنون لا يعطى منه من تعطل عن العمل كالمفلوج والاعمى ويعطى منه المريض وجه ما قاله سحنون ان هؤلاء من عمار الثغور وفي بقائهم هناك تكثير للعدو وقوة لأهل الحرب فكانوا مستحقين ووجه قول سحنون انهم لا يرجى منهم عون على الحرب فلا يعطون منه شيأ لان هذا المال انما أخرج للعون على الحرب (مسئلة) وأما حكم العطية فانه على ضربين أحدهما أن يجعل العطية في السبيل خاصة فهذا ليس لمن أعطيها تموّلها ولا انفاقها في غير سبيل الله لانه عدول بالعطية عن وجهها وهل له أن يأكل منها في القفول أم لا قال ابن حبيب ينفق منها في القفول وقال مالك

* وسئل مالك عن الاشارة بالامان أهي بمنزلة الكلام فقال نعم واني أرى أن يتقدم الى الجيوش أن لا تقتلوا أحدا أشاروا اليه بالامان لأن الاشارة عندي بمنزلة الكلام وانه بلغني ان عبد الله بن عباس قال ما ختر قوم بالعهد الا سلط الله عليهم العدو

﴿ العمل فيمن أعطى شيأ في سبيل الله ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان اذا أعطى شيأ في سبيل الله يقول لصاحبه اذا بلغت وادي القرى فشأنك به

لاينتفع بها فى القفول وجه ماقاله ابن حبيب ان القفول من الغزو فكان له أن ينفق فيه منه كالمسير الى بلد العدو و وجه ماقاله مالك أن من أخرج شيأ فى سبيل الله فقد عينه للغزو والعون على العدو وليس القفول منه بسبيل فمن فضل له منه شئ بعد ذهابه على قول مالك أو عن قفوله على قول ابن حبيب فهو مخير بين أن يرده الى من أعطاه اياه أو يعطيه هو فى سبيل الله * وأما الضرب الثانى وهو أن يجعل المعطى العطية فى سبيل الله و يبتلها لمن أخذها بان يقول له هذا لك فى سبيل الله فهذا يلزم المعطى أن يتزودمنه فى السبيل بقدر مايعلم ان تلك العطية تخرج لمثله ثم يكون له بيعه والانتفاع بثمنه و بهذا كان عبدالله بن عمر يشترط عليه اذا بلغ وادى القرى يريد بعد قضاء الغزو به ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد ان سعيد بن المسيب كان يقول اذا أعطى الرجل الشئ فى الغزو فبلغ به رأس مغزاته فهوله ﴾ ش قوله اذا أعطى الرجل الشئ فى الغزو يريد ماقلناه من تبتيله له على وجه الغزو به وقوله فبلغ به رأس مغزاه يريد نهاية الغزو فى القفول وموضع تفرق أهل الجيش الى مواضعهم و بلادهم وهكذا كانت وادى القرى رأس المغزى فى الغزو الى الشام وقوله فهوله يريد انه قد ملكه وكل مالزمه المعطى فيه من الغزو به فليفعل به المعطى ماشاء من بيع أوغيره ص ﴿ سئل مالك عن رجل أوجب على نفسه الغزو فتجهز حتى اذا أراد أن يخرج منعه أبواه أو أحدهما فقال لاأرى أن يكابرهما ولكن يؤخر ذلك الى عام آخر فأما الجهاز فانى أرى أن يرفعه حتى يخرج به فان خشى أن يفسد باعه وأمسك ثمنه حتى يشترى به مايصلحه للغزو فان كان موسرا يجد مثل جهازه اذا خرج فليصنع بجهازه ماشاء ﴾ ش وهذا كما قال ان من أوجب على نفسه الغزو بنذر أو قسم فتجهز له ثم منعه منه أبواه فليس له أن يكابرهما فى ذلك العام وليؤخر غزوه الى العام المقبل وقد بينا ان الجهاد على ضربين أحدهما أن لايتعين على المكلف الغزو والجهاد لقيام غيره به فهذا يلزمه طاعة أبويه فى المنع منه مؤمنين كانا أو كافرين قاله سحنون والأصل فى ذلك مار وى عن عبدالله بن عمر انه قال جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فاستشاره فى الجهاد فقال ألك أبوان فقال نعم قال ففيهما فجاهد ومن جهة المعنى ان طاعة أبويه من فروض الأعيان والجهاد من فروض الكفاية وفروض الأعيان آكد (مسئله) والضرب الثانى أن يتعين على المكلف الجهاد وهو يتعين من وجهين أحدهما أن يوجب ذلك على نفسه بنذر أو قسم والثانى أن يجب ذلك عليه بأصل الشرع و يتعين عليه لقوة العدو وضعف المسلمين عنه فاما ان أوجب ذلك على نفسه فلا يمتنع منه لمنع أبويه وان كان وجب ذلك عليه بأصل الشرع لم يمتنع منه لمنع أبويه والفرق بينهما ان حق أبويه قد وجب عليه فليس له أن يسقطه بنذر يلزمه نفسه وليس كذلك ماثبت بأصل الشرع فانه يجب بالوجه الذى وجب به حق أبويه فاذا كان آكد من حق أبويه لم يكن لهما المنع منه

(فصل) وقوله وأما الجهاز فانى أرى أن يرفعه حتى يخرج به يريد ان هذا الافضل له لانه مال قد نوى به البر وسببه للغزو فيستحب له أن لا يرجع عن ذلك فان أمسكه كذلك فمات قبل الغزو به فانه ميراث سواء أمسكه عنده أو جعله على يد غيره لانه كصدقة نذرها ولم ينفذها فان أشهد بانفاذها فهو على ضربين أحدهما أن يشهد بانفاذها ان مات فهذه تكون من الثلث والثانى أن يشهد بانفاذها على كل حال فهذه تكون من رأس المال

(فصل) وقوله فان خشى أن يفسد باعه وأمسك ثمنه حتى يشترى به مايصلحه للغزو يريد أن يكون جهازه ذلك ممايفسد و يتغير كالازواد والأطعمة وغيرذلك ممايسرع اليه الفساد فانه يبيعه و يمسك

* وحدثنى عن مالك عن يحيي بن سعيد أن سعيد ابن المسيب كان يقول اذا أعطى الرجل الشئ فى الغزو فبلغ به رأس مغزاته فهوله * وسئل مالك عن رجل أوجب على نفسه الغزو فتجهز حتى اذا أراد أن يخرج منعه أبواه أو أحدهما فقال لاأرى أن يكابرهما ولكن يؤخر ذلك الى عام آخر فأما الجهاز فانى أرى أن يرفعه حتى يخرج به فان خشى أن يفسد باعه وأمسك ثمنه حتى يشترى به مايصلحه للغزو فان كان موسرا يجد مثل جهازه اذا خرج فليصنع بجهازه ماشاء

ثمنه لان الثمن يقوم مقامه فان كان غنيا يعلم انه يقدر على مثل ذلك أو أفضل منه اذا تيسر غزوه ولم يكن له التصرف فيه اذا اعتقد ان يعوض منه مثله أو أفضل منه

﴿ جامع النفل في الغزو ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله ابن عمر قبل نجد فغنموا ابلا كثيرة فكانت سهمانهم اثنى عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا ﴾ ش قوله رضي الله عنه فكانت سهمانهم يريد مبلغ سهمانهم الواقعة لهم من الغنيمة اثنى عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا شك في ذلك الراوى و يحتمل وجهين أحدهما انه شك هل سهمانهم كانت اثنى عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا والثانى انه شك هل كانت سهامهم اثنى عشر ونفلوا بعيرا زائدا على ذلك و بلغت بالنافلة اثنى عشر بعيرا غير انه يعود من جهة هذا العدد الى معنى واحد وقوله ونفلوا بعد ذلك بعيرا بعيرا يريد أعطوه زائدا على ما وجب لهم و يحتمل أن يكون جميع ما حصل لهم اثنى عشر بعيرا من جهة اللفظ غير أن قوله غنموا ابلا كثيرة يدل على أن سهام كل واحد منهم كانت هذا العدد والنافلة في كلام العرب عطية التطوع والزيادة في العطاء على الواجب وهذا يقتضى ان النفل في الخمس وذلك انه قد سوى بينهم في النفل فنفلوا بعيرا بعيرا فلو كان النفل من الأربعة الاخماس التى لهم لما كان في ذلك فائدة لان ذلك كان لهم لو لم ينفلوه وقسمت بينهم الأربعة الاخماس ولو كان ذلك لكان هذا الفعل لا فائدة فيه ولكان هذا اللفظ من جملة اللغو ولما أجمعنا على أنه صلى الله عليه وسلم لا يفعل مالا فائدة فيه ثبت أنه قسم عليهم الاربعة الاخماس ثم نفلهم بعد ذلك من غيرها بعيرا بعيرا ولا سهم يمكن أن يشار اليه ينفلوا منه غير الخمس وهذا مذهب مالك رحمه الله أن النفل لا يكون الا من الخمس و به قال أبو حنيفة والشافعى ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول كان الناس في الغزو اذا اقتسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه ﴾ ش قوله كان الناس اذا قسموا اغنائمهم يريد الصحابة وفي هذا خمسة أبواب * أحدها في موضع قسمة الغنيمة * والثانى في من يقسمها * والثالث فيما يقسم منها * والرابع في من يسهم له منها * والخامس في صفة قسمتها

﴿ الباب الاول في موضع قسمتها ﴾

هو من بلد الحرب بحيث لا يمنع من ذلك مخافة أو عدم قوت يحتاج اليه لا من المقام بسبب التقاسم و به قال الشافعى وقال أبو حنيفة يقسم في بلاد المسلمين إلا أن يحتاج الجيش الى ثياب أو ما أشبه ذلك فيقسم ذلك بينهم و يبقى الباقى يقسم في دار الاسلام فان قسم الجميع بدار الحرب مضى الحكم بذلك ولا ينقض والدليل على ما نقوله ما روى الاوزاعى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم غنيمة قط الا في دار الشرك فنها غنيمة بنى المصطلق قسمها على مياههم وقسم غنيمة هوازن في دارهم وقسم غنيمة خيبر بخيبر وهم مشركون ثم لم يزل الناس من لدن النبى صلى الله عليه وسلم الى زمن عمر وعثمان والخلفاء كلهم وجيوشهم في البر والبحر ما قسموا غنيمة قط الا حيث غنموها وهذا معروف عند أهل السير والمغازى فان قيل انما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غنائم بنى المصطلق في مياههم وهوازن في دارهم لأنها كانت دار اسلام يدل على ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث الوليد بن عقبة مصدقا اليهم فعلم أنهم كانوا مسلمين فالجواب أن هذا غير صحيح لأنهم لم يكونوا

﴿ جامع النفل في الغزو ﴾ * حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله بن عمر قبل نجد فغنموا ابلا كثيرة فكانت سهمانهم اثنى عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول كان الناس في الغزو اذا اقتسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه

مسلمين وقت الغنيمة ولو كانوا مسلمين ما قسم غنائمهم والنبي صلى الله عليه وسلم غنم بني المصطلق سنة خمس وأسلموا سنة عشر و في سنة عشر بعث اليهم الوليد بن عقبة مصدقا ودليلنا من جهة القياس أن كل مكان جازت فيه قسمة الثياب اذا احتيج اليها فانه يجوز قسمة سائر الغنائم كدار الاسلام وهذا اذا كان الغانم جيشا فان كان سرية من الجيش فلا يقسم حتى يعود الى الجيش قاله ابن المواز وذكر أنه قول أصحابنا الا عبد الملك بن الماجشون فانه قال إلا أن يخشى من ذلك في السرية مضرة من تضييع مبادرة الانصراف وطرح أثقال وقلة طاعة والى السرية فتباع الغنيمة ويلزم كل مبتاع حفظ ما ابتاعه ويلزم البيع من غاب من أهل الجيش فوجه ما قاله ابن المواز أن القسمة لا تصح الا بعد الرجوع الى الجيش لأن أنصباءهم في غنيمة السرية و والى السرية لا يلزم أهل الجيش حكمه فيقسم عليهم ويبيع مالهم وانما يلزمهم حكم أميرهم

﴿ (١) الباب الثاني في بيان من اليه قسمة الغنيمة ﴾

﴿ الباب الثالث في بيان ما يقسم من الغنيمة وتمييزه مما لا يقسم ﴾

الاصل في ذلك أن ما كان منها مباحا لكل واحد من الجيش أخذه من بلاد العدو والاستبداد به وهو على ضربين أحدهما أن يكون مملوكا في الاصل ولكنه يباح للانتفاع به للغذاء والقوة وسيأتي بيانه والثاني ما كان على حكم الاصل لمن يملك بعد وهو ينقسم الى قسمين أحدهما ما لا يترك أكثره ويتمول جميع ما يوجد منه لنفاسته كالجوهر والياقوت والعنبر فان هذا قياسه على مذهب أصحابنا أنه في كله لما ذكرناه كالنساء والصبيان (مسئلة) والقسم الثاني أن يؤخذ من الجيش بعضه ويترك أكثره كالصيد والخشب والحجارة يستحب منها ما يحتاج اليه من سرج أو رخامة أو مسن أو نشاب أو قتب فأما ما كان منه له قيمة بأرض العدو وخفة حمله وكثرة قيمته كالبازي والصقر فالذي عليه جمهور أصحابنا أنه يكون فيئا وحكاه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك أن له قيمة كثيرة بموضع الاستيلاء عليه فوجب أن يكون فيئا كسائر ما يقسم وأما ما لم يكن له ببلد العدو الا القيمة اليسيرة فروى أشهب عن مالك في العتبية أنه قيل له بأرض العدو أشجار لها ثمن كثير ببلاد الاسلام وحملها خفيف وشأنها ببلاد العدو يسير قال لا بأس بأخذ هذا وابه أخذه للبيع ولو جاء به الى صاحب المقاسم لم يقبله ولم ينفسه وروى ابن حبيب عن ابن القاسم أنه اذا كان مما يؤكل من حيتان أو صيد فأكل منه فهو له وما باعه كان ثمنه فيئا وكذلك ما حمل الى أهله فباعه الا اليسير الذي يفضل عنه وروى ابن المواز عنه أن ما عمل من الخشب والحجارة من سرج وقتب وعصى رماح وما يحتاج اليه فهو له وان فضل منه يسير كان له وأما ما كثر مما يقصد به التمول فهو فيء ووجه قول مالك أن هذا مباح الاصل لا قيمة له ببلد الحرب وانما معظم ثمنه الصناعة وهي ملك لصاحبها أو الحمل وهو ملك لحامله فوجب أن لا يكون فيئا كما لو أدخل معه عودا أو حجرا فنحته في بلاد الحرب لكان له دون جميع الجيش ووجه ما ذهب اليه ابن القاسم أن هذا مما وصل اليه بجماعة المسلمين فلم يكن له دونهم الا سائر الغنائم (مسئلة) وأما ما كان مملوكا في الاصل فليس لأحد من أهل الجيش الاستبداد به كالرقيق والثياب والمتاع فهو فيء كله قليله وكثيره ما أمكن اخراجه ونقله فان عجز عن ذلك وتركه الامام أو أراد احراقه فأتى من أخذه فروى ابن المواز عن مالك هو له دون الجيش ولا خمس فيه وقال أشهب ليس لمن أخذه وهو كرجل من الجيش فيه ووجه قول مالك أن طرح الامام له حكم بازالة ملك الجيش عنه وقطعا لحقهم منه وانتفاع الحامل له أولى من تركه ولو شاركه فيه غيره لأدى ذلك

(١) بياض هكذا في النسخ المعول عليها بيدنا

الى أن يتركه و وجه قول أشهب أن أهل الجيش قد ملكوه بالغنيمة فلا يزول ملكهم عنه بالعجز عن حمله كما لو كان ذلك فى بلاد المسلمين

﴿ الباب الرابع فى بيان من له حق وسيأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى ﴾

﴿ الباب الخامس فى بيان قسم الغنيمة ﴾

قال ابن المواز ان رأى الامام الأفضل فى أن يقسمها خمسة أقسام بالسوية بأن يجعلها خمسة أنصباء فى كل سهم صنف وكذلك النساء والصبيان والابل حتى تعدل ثم يسهم بينها و يكتب فى سهم منها الخمس لله أو لرسول الله فحيث خرج ذلك السهم كان الخمس وكانت الأربعة الأخماس للجيش وان رأى أن يبيع الجميع ثم يقسم الأثمان فذلك له وحكى ابن سحنون عن أبيه يبيع الامام ثم يقسم الأثمان وان لم يجد من يشتريه قسم العروض خمسة أجزاء بالقرعة * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله والأظهر عندى من فعل النبى صلى الله عليه وسلم قسمه ذلك دون بيع وعلى ذلك ورد حديث عبد الله بن عمر فى السرية التى توجهت قبل نجد فبلغت سهمانهم اثنى عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا الا انه تحتمل ان ذلك البيع بعذر وقوله فى حديث سعيد بن المسيب كان الناس اذا اقتسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه وهذا يقتضى تكرار فعل الصحابة له ولا يعلم مخالف فيه فثبت أنه اجماع ومن جهة المعنى أن حقهم متعلق بالعين فليس له أن يبيع عليهم الا لحاجة داعية الى ذلك

(فصل) وقوله كانوا اذا اقتسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه يحتمل أن تكون تلك كانت قيمتها يومئذ وكذلك يجب أن يفعل الامام اذا اختلفت أجناس الغنيمة واختار القسمة واحتاج اليها أن يعدل بينها بالقيمة ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول فى الأجير فى الغزو انه ان شهد القتال وكان مع الناس عند القتال وكان حرا فله سهمه وان لم يفعل ذلك فلا سهم له ﴾ ش وهذا كما قال ان الأجير لا سهم له اذا لم يشهد القتال لانه قد أخذ عوضا على دخوله الى بلد الحرب ممن استأجره على ذلك فلا يستحق بذلك غنيمة لان ذلك منافعه مستحقة عليه لغيره كالعبد

(فصل) وقوله فان شهد القتال وكان مع الناس عند القتال يريد انه كان مع المقاتلة لا أن يكون فى جملة الجيش فان كان فى المعترك موضع القتال وكان من جملة المقاتلين استحق حصة من الغنيمة لان القتال لم يأخذ له عوضا ولا يستحق ذلك عليه غيره فاستحق به سهما من الغنيمة وسقط عنه من الاجارة بقدر ما اشتغل عنه من الخدمة قال سحنون فهذا المشهور من المذهب وقد روى أشهب عن مالك لا يسهم للأجير وان قاتل و وجه ذلك انه ممن لا يسهم له مع الحضور اذا لم يقاتل فانه لا يسهم له وان قاتل كالعبد والأصل فى هذه المسئلة على المشهور من المذهب ان الغنيمة انما تجب للجهاد والقتال والتعاون على الظهور على العدو فمن دخل أرض العدو ولم يظهر غرضا غيره ولا مقصدا سواه كان وقوفه فى الجيش ومقامه فى العسكر يقوم مقام القتال لانه لم يدخل لغيره فاما أن يقاتل أو يحفظ المقاتل أو يكثر السواد ومن أظهر غرضا غيره فى تجارة أو اجارة أو صناعة فلا حق له لان حضوره لم يكن معونة ولا جهادا فان قاتل ثبت حقه فى الغنيمة لان المقصود من الغزو والجهاد قد وجد منه وليس اكتسابه فى طريقه وانتفاعه بعمله مما يبطل جهاده اذا وجد مقصوده منه كالحاج يتجر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يستحق الغنيمة بما ذكرناه من انه تثبت له صفات الكمال وهى ست صفات العقل والاسلام والبلوغ والذكورة والحرية والصحة فأما العقل فان كان معه منه ما يمكنه به القتال أسهم له لان مقصود الجهاد يصح منه فان كان مطبقا لا يتأتى منه

* قال يحيى سمعت مالكا يقول فى الأجير فى الغزو انه ان كان شهد القتال وكان مع الناس عند القتال وكان حرا فله سهمه وان لم يفعل ذلك فلا سهم له

القتال لم يسهم له وأما الاسلام فهو شرط في استحقاق السهم لان من ليس بمسلم لا يقاتل جهادا وليس حضوره بجهاد ولا نصرة للاسلام لأن معنى الجهاد أن يقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله والمشرك لا يقاتل لذلك ولانه ممن يلزم أن يقاتل عنه وتمنع الاستعانة به في الحرب وان استعين به في الأعمال والصنائع والخدمة والأصل في ذلك ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج في غزوة غزاها حتى كان بكذا وكذا لحقه رجل من المشركين كان شديدا ففرحوا به فقال يارسول الله جئت لأكون معك وأصيب قال انا لانستعين بمشرك قال ذلك ثلاث مرات فأسلم في الرابعة فانطلق معه فاذا كان الأمر على ذلك فلا يسهم له وأما البلوغ فهل يكون شرطا في استحقاق السهم من الغنيمة أم لا قال مالك لا يكون البلوغ شرطا في استحقاق السهم ويسهم للمراهق اذا أطاق القتال وقال أبو حنيفة والشافعي لا يسهم الا لبالغ وقال ابن حبيب من بلغ خمس عشرة سنة وأنبت وأطاق القتال فانه يسهم له اذا حضر القتال وان لم يقاتل ومن كان دون ذلك فلا يسهم له حتى يقاتل والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك انه حر مسلم ذكر وجد منه القتال ومكابدة العدو فوجب أن يسهم له كالبالغ وأما الذكورة فانها شرط في استحقاق السهم عند جمهور أصحابنا ولا يسهم لامرأة قاتلت أم لم تقاتل وقال ابن حبيب من قاتل من النساء كقتال الرجال فانه يسهم لها والدليل على ما نقوله ان هذا جنس لا يعد للقتال فلم يسهم له كالعبيد ووجه ما قاله ابن حبيب ما احتج به من ان هذا حكم ثبت للرجال بالحضور فوجب أن يثبت للنساء بالمقاتلة كاستحقاق القتل (مسئلة) وأما الحرية فهي شرط في استحقاق الغنيمة فلا يسهم لعبد لان منافعه مستحقة لغيره استحقاقا عاما ولان العبد من جملة الأموال التي تحمى ويقاتل عنها فلا يستحق سهما بقتال ولا غيره (مسئلة) وأما الصحة فان كان معنى يمنع القدرة على القتال في الحال والمآل فانه يمنع استحقاق السهم من الغنيمة وما لم يمنع من ذلك فانه لا يمنع السهم لانا قد دللنا على أن سهم الغنيمة انما يستحق بالاعداد للمدافعة والقتال (مسئلة) اذا ثبت ذلك فاغنمه من لا يسهم لهم ولم يخالطهم غيرهم وغنموا فانهم على ضربين أحدهما أن ينفردوا أو يكون معهم ممن يسهم له العدد اليسير يكون تبعا لهم والثاني أن يكون معظم العدد ممن يسهم له فأما اذا انفردوا أو كان معظم العدد لهم فانه تدفع اليهم الغنيمة وتقسم بينهم ان كانوا مسلمين وان كانوا كفارا أسلم اليهم وقسمه بينهم أساقفتهم الا أن يحكموا بينهم مسلما فيقسم بينهم ذلك على سنة المسلمين وأما ان كانوا معظم أهل المغنم فلا يخلو أن يدخل غيرهم معهم باذن الامام أو بغير اذنه فان دخلوا بغير اذنه فلا سهم لهم والغنيمة لسائر الجيش دونهم وان أذن لهم فبئس ما فعل وهل يسهم لهم أم لا قال ابن حبيب اذا أذن الامام لقوم من أهل الذمة في الغزو معه سهم بينهم وبين المسلمين وقال سحنون لا يسهم لأهل الذمة اذا كانوا تبعا وان رأى الامام أن يرضخ لهم فعل وجه قول ابن حبيب ان الامام قد أذن لهم في الغزو فلهم حقهم من الغنيمة لانهم على ذلك دخلوا ووجه قول سحنون أنهم تبع للمسلمين فلا حكم لغزوهم وليس للامام أن يأذن لهم في أخذ سهام المسلمين فان كان وعدهم بعطاء فليكن ذلك من الخمس لان هذه الغنيمة انما سلمت بالمسلمين وهم المدافعون عنها فلا اعتبار بمن شهدها معهم من غيرهم وهذا فيما أخذ على وجه الاعلان والمدافعة فأما ما أخذ على وجه السرقة والتلصص فان حكم أهل الاسلام وغيرهم في ذلك سواء يأخذ كل واحد منهم حصته لانهم لم يأخذوها على وجه المدافعة والمغالبة فيكون المسلم أحق بها من الذمي والحر أولى بها من العبد وأما ما أخذ على وجه التلصص والسرقة فقد استووا في

أمره فكان بينهم على السواء ص ﴿ قال وسمعت مالكا يقول أرى أن لا يقسم الا لمن شهد القتال من الاحرار ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يسهم الا لمن شهد القتال ومن لم يشهده لم يسهم له فمن جاء بعد القتال واحراز السهم لم يسهم له و به قال الشافعي وقال أبو حنيفة من جاء بعد تقضي القتال واحراز الغنيمة وقبل الخروج من دار الحرب فله سهمه ومن جاء بعد الخروج من دار الحرب فلا سهم له (مسئلة) اذا ثبت ذلك فتحرير مذهب مالك في هذه المسئلة ان وجد منه الخروج من منزله الى الغزو فقد وجد منه الشروع في العمل فمن لم يوجد منه اختيار الرجوع عن الغرض المقصود من الغزو وهو القتال أو حضوره فحكمه حكم الدخول الى أرض الحرب ولا اعتبار بما قبل ذلك ومتى وجد منه الدخول الى أرض الحرب فلا يخرجه عن ذلك ولا يمنعه السهم هو ولا غيره الا الرجوع الى أرض الاسلام باختياره وأما الرجوع على وجه الغلبة فقد روى ابن المواز عنه ان ذلك لا يخرجه عن أهل السهم وفي هذا أربعة أبواب * أحدها في صفة الحضور للقتال * والباب الثاني فيما يستحق من الغنيمة بحضور القتال * والباب الثالث في المعاني التي تمنع الغنيمة وتميزها من المعاني التي لا تمنعها * والباب الرابع فيما تثبت به المعاني التي لا تمنع الغنيمة

﴿ الباب الأول في صفة حضور القتال على المشهور من قول مالك ﴾

فان لم يحضر القتال بأن يكون في الجيش وقته وان لم يقاتل أو يكون في حكم من حضره وهل يكون التقاء الجمعين دون مناشبة الحرب بمنزلة القتال قال سحنون اذا قامت الصفوف منا ومنهم ولم يناشب القتال فلا سهم لمن مات حينئذ وروى ابن المواز نحوه عن مالك وانما السهم لمن مات بعد مناشبة القتال فحضور القتال عنده انما هو حضور المناشبة لا حضور المقابلة والمواجهة وقال ابن حبيب سمعت ان أصحاب مالك قالوا ان مشاهدة القرية أو الحصن أو العسكر كالقتال وان لم يكن قتال وجه رواية ابن المواز ما روى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما قالا انما الغنيمة لمن شهد الوقعة ولا مخالف لهما مع انتشار أقوالهما فثبت انه اجماع واسم الوقيعة انما ينطلق في عرف الاستعمال على الحرب دون غيرها من المواجهة والمقابلة والرؤية ومن جهة المعنى ان المقصود من الغزو القتال و به يتوصل الى غلبة العدو واحراز الغنيمة فوجب أن يكون الاعتبار به دون غيره

﴿ الباب الثاني فيما أحرز من الغنيمة ﴾

أما ما أحرز من الغنيمة فانه على ضربين أحدهما ما أحرز بالقتال فان من حضر القتال يستحق فيه سهمه اذا كان مسندا الى القتال وكان القتال سببا له مثل أن ينازل حصن فيناشب قتاله فيموت رجل منهم ثم يتصل قتاله فيفتح بعد أيام فان للميت فيه سهمه والضرب الثاني ما أحرز بغير قتال أو أحرز قبل القتال فانه لا يستحق فيه سهم الا بحضور احرازه عند مالك رحمه الله لان الاحراز انما يعتبر بالقتال اذا كان مسندا اليه فاذا لم يكن ثم قتال يكون سببا له اعتبر بنفسه

﴿ الباب الثالث فيما يمنع استحقاق الغنيمة ﴾

وأما ما يمنع استحقاق الغنيمة بعد الخروج في الجيش فهو على ضربين أحدهما أن تطرأ عليه قبل القتال حالة مؤثرة في المنع من الغنيمة لمن حضرها وقد تقدم ذكرناها ونحن نزيد الآن فيها ذكر الموت لانه يذهب بالصفات كلها و يمنع وجود الغازي فاذا كان لا يسهم للمطبق بالجنون وهو موجود فبان لا يسهم للميت أولى وكذلك الكفر اذا طرأ عليه فانه يمنع السهم ويبقى سهمه فيما استحقه قبل كفره باق على حكم مال المرتد (مسئلة) وكذلك الجنون اذا كان مطبقا يمنع القتال فانه يمنع السهم

* قال وسمعت مالكا يقول وأرى أن لا يقسم الا لمن شهد القتال من الاحرار

فيما أخذ بعده وقبل حضوره ولا يمنع من سهمه فيما أخذ قبل ذلك لانه معنى يزيل التكليف كالموت
* قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والأصل في ذلك عندي ان ما كان من الامراض التي يرجى برؤها كالحمى والرمد وما أشبه ذلك فانها لا تمنع السهم وما كان لا يرجى برؤه ويمنع القتال كالجنون فانه يمنع السهم في المستقبل ولا يمنع ما قد استحق منه قبل حدوثه (مسئلة) وأما الضرب الثاني فأن يغيب قبل القتال عن الجيش باختياره دون اذن الامام فهذا لا يسهم له لانه لم يحضر الوقعة على الوجه المذكور (مسئلة) وهذا فيما استحق بالقتال فاما ما استحق بالاحراز فانما يراعى فيه التغيب عند الاحراز على حسب ما تقدم ومثل هذا ما يفوت به القادم الغنيمة باللاحق بالجيش أو الذى يسلم أو العبد يعتق أو الأسير يطلق فهذا يسهم له في المستقبل دون الماضي ولا تفوته الغنيمة بعد القتال بان لا يحضر القتال اذا حضر احرازها وأخذها فيصير القتال فيستحق الغنيمة بحضوره من لم يشاهد احرازها ولا يفوت بفواته من شاهد احرازها

﴿ الباب الرابع فيما تثبت به المعاني المؤثرة في منع الغنيمة ﴾

وأما ما تثبت به المعاني المؤثرة في الغنيمة فان ذلك على ضربين أحدهما أن يدعى على الغازى أمر فيقر به ويدعى العذر فيه والثاني أن ينكره جملة فأما الضرب الاول فمثل أن يقر بالرجوع ويدعى انه رجع مغلوبا أو ضالا فان ذلك على قسمين أحدهما أن يدعى من الاعذار ماله امارات من ريح ردت مركبا كان فيه أو مخافة غرر طريق أو مرض أو تخلف دابة ومنه ما لا تكون له امارة كالضلال ونحوه فما كانت له امارة يستدل بها فاذا ثبتت امارة عذره قبل قوله وما لم تكن له امارة وكل الى امانته وقبل عذره (مسئلة) وأما اذا أنكر التخلف جملة فانه مدعى عليه التخلف بعد الاقرار له بالغزو والكون في جملة الجيش فلا يثبت تخلفه بقول أحد ممن يشاركه في الغنيمة لانه جار الى نفسه نفعا وهل يقبل قول الامير في ذلك أم لا روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم لا تقبل شهادة الامير وروى ابن سحنون عن أبيه انها ليست بشهادة و يقبل قول الامير وجه قول ابن القاسم ان هذا الامير له شركة في المغنم فلم تقبل فيه شهادته كسائر الجيش ووجه قول سحنون ان هذه ليست بشهادة وانما هو حكم ويجوز له أن يحكم بعلمه فيما الضرورة اليه كمعرفته بأعيان الشهود

﴿ ما لا يجب فيه الخمس ﴾

﴿ما لا يجب فيه الخمس﴾
* قال مالك فمن وجد من العدو على ساحل البحر بأرض المسلمين فزعموا انهم تجار وأن البحر لفظهم ولا يعرف المسلمون تصديق ذلك ولا أن مراكبهم تكسرت أو عطشوا فنزلوا بغير اذن المسلمين أرى أن ذلك للامام يرى فيهم رأيه ولا أرى لمن أخذهم فيهم خمسا

ص ﴿قال يحيى سمعت مالكا يقول فمن وجد من العدو على ساحل البحر بأرض المسلمين فزعموا انهم تجار وان البحر لفظهم ولا يعرف المسلمون تصديق ذلك ولا أن مراكبهم تكسرت أو عطشوا فنزلوا بغير اذن المسلمين أرى أن ذلك الى الامام يرى فيهم رأيه ولا أرى لمن أخذهم فيهم خمسا﴾ ش وهذا كما قال ان العدو اذا وجد بساحل المسلمين قد نزلوا دون اذن أحد من المسلمين أو لفظهم البحر فادعوا انهم أتوا التجارة فان لم يعلم صدق قولهم فهم فيء ولو علم صدقهم لم يعرض لهم ووجب تركهم على ما نزلوا عليه أو يردون الى مأمنهم وفي هذا بابان أحدهما في بيان حكمهم والثاني في بيان حكم ما وجد معهم من المال

﴿ الباب الأول في بيان حكمهم ﴾

قال مالك ان بان صدقهم لم يعرض لهم والا رأى الامام فيهم رأيه وروى ابن حبيب عن غير واحد من أصحاب مالك عن مالك انهم وما معهم فيء ولا يقبل قولهم وان كانت معهم التجارات مثل الجوز واللوز

وغـير ذلك وليسوا على جهة حرب فهم أهل حرب أبدا حتى يؤمنوا الا أن يكونوا تعوّدوا الامان على الاختلاف بالتجارة قبل هذا فهم على الامان فوجه القول الأول انه اذا عرف صدقهم فى انهم تجار فهم مستأمنون يلزم بذل الامان لهم أو ردهم الى مامنهم ووجه رواية ابن حبيب انهم أهل حرب فلا أمان لهم ومتى غلبوا وظفر بهم قبل بذل الامان لهم فهم فىء وأما من اعتاد الاختلاف للتجارة الى بلد المسلمين على أمان فقد تقدم الامان له على هذا الوجه فهو على ذلك (فرع) اذا قلنا انهم لا يسترقون اذا عرف صدقهم فان الذى يعرف به صدقهم قد ذكره ابن المواز عن عبد الملك بن الماجشون ولا يكاد يخفى أمرهم فان المركب يوجد فيه العدد من المقاتلة والكثير من السلاح والمركب الكبير ليس فيه الكثير من المقاتلة ولا الكثير من السلاح وان كان فيهم بعض المقاتلة و بعض السلاح لانهم يدفعون عن أنفسهم فليقبل قولهم فى مثل هذا انهم جاؤا للتجارة وذكر فى موضع آخر فى السفن تنزل بموضع ومعهم التجارات والسلاح انه ينظر الى قلتهم وكثرتهم وضعف الموضع الذى نزلوا به وقوته وما معهم من السلاح والامتعة والتجارات فجعل هذه كلها من العلامات التى يستدل بها على صدقهم أو كذبهم وهذا على ما قال لان مراكب المحار بين غير مراكب التجار وعددهم فى الكثرة غير عدد التجار وليس معهم من التجارات ماله كبير معنى والتجار معظم ما معهم التجارات وصفة مراكب المحاربين غير صفة مراكب التجار فهذا كله يستدل به على صدقهم أو كذبهم وعلى حسب ذلك يكون حكمهم وبالله التوفيق

﴿ الباب الثانى فى بيان حكم ما وجد معهم من المال ﴾

أما ما وجد معهم من أموالهم فانه على ثلاثة أضرب أحدها أن يكون الاخذ لذلك من بلادهم ممن يتصرف فى بلادهم غير مغالب لهم كالاسير الذى قد ملكوه وصار بأيديهم أو دخل اليهم بأمان فأخذ شيأ من أموالهم وخرج بها فان جميعه له ولا خمس فيه لان هذا بمنزلة المستأمن يأخذ شيأ من أموالهم و يخرج به الينا فانه له والضرب الثانى ما أخذ منهم على وجه المغالبة لهم بموضع يمكن خلاصهم منه فان ذلك فىء لمن أخذه وفيه الخمس والضرب الثالث ما أخذ من أموالهم ورقابهم بموضع لا ترجى فيه نجاتهم كأن كان بتكسر مراكبهم فانه لا خمس فيه ولا هو لمن أخذه وانما للامام أن يصرفه فيما رآه من مصالح المسلمين وهذا حكم رقابهم وما كان معهم من أموالهم فى هذا الضرب فأما اذا انفردت أموالهم ووجد شىء منها ببلاد المسلمين على هذا الوجه فقد قال ابن المواز هو لمن وجده ولا تخمس عروضه ويخمس ما فيه من ذهب أو ورق ورواه أشهب عن مالك ووجه ذلك انه بمنزلة الكنز من أموال العدو ولانه ليس معه من تقدم له عليه ملك فأما الذهب والورق فيخمسان على ما ذكر عن مالك فى كنز الذهب والورق وأما العروض فقال ها هنا لا تخمس وقد اختلف الرواة عنه فى كثير العروض فقال مرة لا تخمس وقال مرة تخمس فعلى هذا يجب أن يكون الجواب فى هذه المسئلة على الروايتين (فرع) اذا ثبت ذلك فما وجد فى هذه المراكب من الرقيق ولم يصدقوا ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم يرى فيهم الامام رأيه من أسر أو بيع أو فداء ولم يذكر القتل وقال فى العلج يوجد ببلاد المسلمين بعد طول مقام بها فلما ظفر به قال جئت لاقيم آمنا فى بلاد المسلمين فان الامام يرى فيه رأيه وهو فىء ولا يقتل الا أن يتهم بالتجسيس فيقتل وقال ابن الماجشون فى المراكب التى يكون فيها العدو وتنكسر ببلاد المسلمين فيدعون انهم جاؤا تجارا فيظهر من كثرة عددهم وكثرة مقاتلتهم وقلة تجاراتهم انهم كاذبون فانهم وما معهم فىء وتقتل مقاتلتهم على هذا

﴿ مايجوز للمسلمين أكله قبل الخمس ﴾

ص ﴿قال مالك لا أرى بأساً أن يأكل المسلمون اذا دخلوا أرض العدو من طعامهم ما وجدوا من ذلك كله قبل أن تقع المقاسم قال مالك وانما أرى الابل والبقر والغنم بمنزلة الطعام يأكل منه المسلمون اذا دخلوا أرض العدو كما يأكلون من الطعام قال يحيى قال مالك ولو أن ذلك لا يؤكل حتى يحضر الناس المقاسم ويقسم بينهم أضر ذلك بالجيوش قال يحيى قال مالك فلا أرى بأساً بما أكل من ذلك كله على وجه المعروف والحاجة اليه ولا أرى أن يدخر أحد من ذلك شيأ يرجع به الى أهله ﴾ ش وهذا كما قال وقد تقدم من قولنا ان ما ينتفع به فى أرض العدو مما عندهم على ضربين مباح غير مملوك وقد تقدم القول فيه والثانى أصله الملك ولكنه أبيح الانتفاع به للغذاء والقوة وذلك كل مطعوم من أموال الروم وجده المسلمون فى بلادهم فان لمن وجده أكله فى دار الحرب ويعلفه دوابه ولا يحتاج فى استباحته الى قسم ولا اذن الامام وانما يكون الآخذ له أحق لحاجته منه وما فضل منه عنه أعطاه من احتاج اليه من الغازين فان لم يجد محتاجا اليه رفعه الى صاحب المغانم والأصل فى ذلك ما روى عن ابن عمر أنه قال كنا نصيب العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه (مسئلة) وأما الحيوان المباح أكله كالبقر والغنم والابل فانها فى ذلك بمنزلة الطعام عند مالك وقال الشافعى لا يذبح شئ من ذلك الا لضرورة اذا عدموا الطعام والدليل على ما نقوله ان الحاجة الى أكلها والاقتيات بها أشد من الحاجة الى العسل والعنب فاذا جاز أكل العسل والعنب فبأن يجوز الاقتيات بلحوم الغنم والبقر أولى وأحرى

(فصل) قوله فلا أرى بأساً بما أكل من ذلك على وجه المعروف والحاجة اليه يريد أن الذى أبيح له من ذلك أكله على وجه جرت العادة بأكله وأما ذبح الحيوان واتلافه أو ذبح الكثير منه الذى يكفى يسيره ويخرج فيه عن حد الاقتيات البالغ الى حد الافساد والانتهاب والتبذير فان ذلك ممنوع الا أن يريد افساده اذا لم يقدروا على العدو واذا لم يطيقوا انتقاله

(فصل) وقوله ولا أرى أن يدخر أحد من ذلك شيأ يرجع به الى أهله يريد ماله من ذلك بال وقيمة وانما له أن يأكل منه حتى ينصرف فان فضل منه شئ تصدق به الا أن يكون التافه اليسير كالقديد والكعك مما يقل ثمنه (مسئلة) وأما ما أخذ من ذلك للقوة والاستعداد كالفرس والسلاح والثوب ينتفع به حتى ينقضى غزوه فهذا اختلف أصحابنا فيه فقال ابن القاسم له أن يأخذ ذلك من احتاج اليه بغير اذن الامام وينتفع به حتى ينقضى غزوه وروى على بن زياد وابن وهب ليس له أن يأخذ شيأ من ذلك ولا ينتفع به وجه ما قاله ابن القاسم ان هذا مما تدعو الحاجة الى الانتفاع به فجاز أن ينتفع به من أخذه دون قسمة كالطعام ووجه الرواية الثانية ان هذا مما ينتفع به مع بقاء عينه وله قيمة فلم يكن لاحد من الغانمين الانفراد به كالذهب والورق والحلى والوطاء ص ﴿ سئل مالك عن رجل يصيب الطعام فى أرض العدو فيأكل منه ويتزود فيفضل منه شئ أيصلح له أن يحبسه فيأكله فى أهله أو يبيعه قبل أن يقدم بلاده فينتفع بثمنه فقال مالك ان باعه وهو فى الغزو فأرى أن يجعل ثمنه فى غنائم المسلمين وان بلغ به الى بلده فلا أرى بأساً أن يأكله وينتفع به اذا كان يسيرا تافها ﴾ ش وهذا كما قال انه ان باع شيأ مما فضل عنه من الطعام أو ما لم يفضل منه وكان محتاجا اليه فأراد بيعه من تجار معه فانه على ضربين أحدهما أن يرغب فى بيعه رغبة فى ثمنه واختصاصا به فان ذلك غير مباح له

﴿ مايجوز للمسلمين أكله قبل الخمس ﴾

قال وسمعت مالكا يقول لا أرى بأسا أن يأكل المسلمون اذا دخلوا أرض العدو من طعامهم ما وجدوا من ذلك كله قبل أن تقع المقاسم قال مالك وانما أرى الابل والبقر والغنم بمنزلة الطعام يأكل منه المسلمون اذا دخلوا أرض العدو كما يأكلون من الطعام ولو أن ذلك لا يؤكل حتى يحضر الناس المقاسم ويقسم بينهم أضر ذلك بالجيوش فلا أرى بأسا بما أكل من ذلك كله على وجه المعروف والحاجة اليه ولا أرى أن يدخر أحد من ذلك شيأ يرجع به الى أهله

*وسئل مالك عن الرجل يصيب الطعام فى أرض العدو فيأكل منه ويتزود فيفضل منه شئ أيصلح له أن يحبسه فيأكله فى أهله أو يبيعه قبل أن يقدم بلاده فينتفع بثمنه قال مالك ان باعه وهو فى الغزو فانى أرى أن يجعل ثمنه فى غنائم المسلمين وان بلغ به بلده فلا أرى بأسا أن يأكله وينتفع به اذا كان يسيرا تافها

لانه انما أبيح له أكله والانتفاع به وأما بيعه وأخذ ثمنه فغير جائز ووجه ذلك انه لا يملكه قبل الأكل ولذلك لو أقرضه أحدا من الغازين أو باعه منه بنسيئة لم يلزم المبتاع أن يقضيه الثمن ولا المقترض أن يوفيه القرض (مسئلة) وأما ان باعه لحاجة أن يصرف ثمنه فيما يحتاج اليه من السلاح واللباس فقد قال ابن سحنون عن بعض أصحابنا لا بأس بذلك لان له أن يأخذ هذا من المغنم اذا وجده فيه فاذا لم يجده وأمكنه أن يأخذ من المغنم ما أبيح له أخذه ليتوصل به اليه فان له ذلك كما لو بذل طعاما مالا يحتاج اليه في طعام محتاج اليه وهذا يقتضي أنه يجوز أن يبتاع به طعاما وقد قال ابن حبيب هو مكروه لانه اذا صار ثمنا وجب أن يرجع مغنما وهذا يقتضي أنه لا يجوز أن يبتاع به طعاما وانه متى صار ثمنا وجب أن يرجع مغنما كما لو أخذ دينارا أو درهما فانه لا يجوز له أن ينفرد به

﴿ ما رد قبل أن يقع القسم مما أصاب العدو ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع أن عبدا لعبد الله بن عمر أبق وأن فرسا له عار فأصابهما المشركون ثم غنمهما المسلمون فردا على عبد الله بن عمر وذلك قبل أن تصيبهما المقاسم ﴾ ش قوله أن عبدا لعبد الله ابن عمر أبق يريد ذهب وان فرسا له عار يريد أيضا ذهب قال أبو عبد الله البخاري عار الفرس مشتق من العير وهو حمار الوحش يريد انه فعل مثل فعله في النفار والفرار وقال ابن دريد في جمهرته عار الفرس يعير عيرا اذا انطلق من مربضه فذهب على وجهه وكذلك البعير وقوله فأصابهما المشركون يريد صار ذلك بأيديهم وفي قبضتهم وحيازتهم ثم غنمهما بعد ذلك المسلمون فردا على عبد الله بن عمر يريد انهما ردا الى ملكه لما علم أنهما له قبل أن تصيبهما المقاسم يريد مقاسم الغنائم من أهل الجيش وهذا حكم ما أصابه المشركون من أموال المسلمين ثم غنمه المسلمون فعرفه صاحبه قبل أن يقسم وفي هذا ثلاث مسائل احداها أن يعرف صاحبه والثانية أن يعرف انه لمسلم ولا تعرف عينه والثالثة أن لا يعرف شيء من ذلك فأما ان عرف صاحبه وكان حاضرا فانه يدفع اليه لحديث عبد الله بن عمر ولانه باق على ملكه لم يزل عنه بتجدد ملك عليه (فرع) فان كان صاحبه غائبا معروفا بعينه فانه يوقف له قاله سحنون وقال ابن المواز ينظر الامام في ذلك للغائب فان رأى أن ينفذه اليه وتكون عليه النفقة والاجرة فعل وان رأى أن يبيعه عليه ويوقف له الثمن فعل وروى ابن وهب عن مالك ان عرف صاحبه ولم يستطع تسليمه اليه قسم وجه القول الاول انه باق على ملكه لم تفته القسمة فوجب أن لا يفوت عليه بالقسمة كما لو كان حاضرا ووجه القول الثاني انه لو كان حاضرا لم يتقرر ملكه عليه الا أن يدعيه فاذا كان غائبا وكان ثم من يستحقه لم يحكم له به كما لو كان في يد مالك معين (مسئلة) فان عرف أنه لمسلم ولم تعرف عينه فالذي عليه جمهور أصحابنا انه يقسم بين الغانمين ولا يكون له اذا قدم الا بالثمن بمنزلة ما لم يعرف أنه لمسلم وقال القاضي أبو محمد ان علم أنه لمسلم لم يجز للجيش تملكه وقسمته ولزم تركه الى أن يأتي ربه وجه القول الاول انه في أيدي الغانمين مستحقين له فلا يخرج عن أيديهم الا بأن يستحقه معين يدعيه ووجه الرواية الثانية ان الغانمين لا يدعون ملكه الا من جهة الغنيمة وقد ثبت لهم مالك تقدم ملكه فكان أحق بملكه (مسئلة) فاذا لم يعرف انه لمسلم فلا خلاف في انه يباع في المقاسم لانه بمنزلة سائر الفيء وهذا اذا كان المشركون قد أخذوا ذلك من غير اختياره فأما ان دفعه اليهم طوعا مثل أن يبيعه منهم فلا يوفوه ثمنه أو يخافهم فيصالحهم به فلا حق له فيه اذا غنمه المسلمون قاله سحنون ووجه ذلك انه سلمه اليهم باختياره وملكهم اياه وذلك

﴿ ما رد قبل أن يقع القسم مما أصاب العدو ﴾
* حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عبدا لعبد الله ابن عمر أبق وأن فرسا له عار فأصابهما المشركون ثم غنمهما المسلمون فردا على عبد الله بن عمر وذلك قبل أن تصيبهما المقاسم

لخروجه عن ملكه فلا حق له فيه ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول فيما يصيبه العدو من أموال المسلمين انه ان أدرك قبل أن تقع فيه المقاسم فهو رد على أهله وأما ما وقعت فيه المقاسم فلا يرد على أحد ﴾ ش وهذا كما قال انه ان أدرك قبل المقاسم فانه يرد على صاحبه يكون أحق به من الغانمين وغيرهم وأما اذا لم يعلم انه حتى وقعت فيه المقاسم فانه لا يرده على صاحبه ومعنى الرد ههنا انه لا يكون أحق به دون ثمن وذلك ان أخذ أهل الشرك الشئ على وجه القهرة شبهة تملك وهكذا كل ما تملكوه على وجه لا يصلح للمسلم أن يملك عليه فانه له ويصححه اسلامه عليه أو الحكم له بصحته وقال الشافعي لا يصح ملكهم لشئ الا على الوجه الذي تملك عليه المسلمون ومن أسلم منهم وفي يده شئ من أموال المسلمين فلا شئ له فيه ورد الى صاحبه وكذلك ما أصابوا من أموال المسلمين ثم غنمه المسلمون فلا يعلم بذلك حتى قسم فان صاحبه أحق به يرد اليه بغير شئ ويعطى من صار اليه في قسمه قيمته من بيت المال والدليل على ما نقوله ان القهر والغلبة جهة يملك بها المسلم على المشرك فجاز أن يملك بها المشرك على المسلم كالبيع والصلح (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففي هذا مسئلتان احداهما أن يجد الانسان ملكه في الغنيمة قبل القسمة فلهذا أن يأخذه بغير قيمة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال عمرو بن دينار اذا وصل الى دار الحرب ثم أخذه المسلمون بعد هذا فهو للغانمين والدليل على ما نقوله ان ملك المشركين على ما غنموه لم يستقر ولو استقر لما كان لصاحبه قبل القسمة ولا بعدها وانما يتقوى بشبهة الاسلام فاذا لم تقترن به شبهة الاسلام فهو على ملك صاحبه الأول (مسئلة) فان أثبته صاحبه بعد القسمة فهو أحق به وروى عن عمر بن الخطاب انه قال من هو بيده أحق به والدليل على ما نقوله ان من صار بيده له فيه شبهة ملك ومن كان له ملك ثابت صحيح كان أولى وحيازة المشركين له شبهة ملك لم تتم لان تمامها لا يكون الا بالاسلام فبقي لصاحبها فيها حق ولو أسلم من هي في يديه لبطل حق السيد منها لتمام ملكه لها وحكم الامام ببيع العبد وقسمة ثمنه ليس بحكم بابطال حقه منه وانما هو حكم بصحة أخذ الغانمين ثمنه ويبقى له فيه أن يفتديه بذلك الثمن أو يتركه ولو حكم الامام بابطال حقه منه لما كان له رجوع فيه على قول سحنون ويرجع فيه على قول ابن القاسم لانه حكم غير جائز لانه لم يطالبه به أحد ولا دعته اليه ضرورة فلم يكن فيه غير مجرد الضرورة فيجب أن يرد فيه وينقض (فرع) اذا ثبت أن له أخذه فانه لا يكون له أخذه الا بالثمن يريد من عنده وقال الشافعي تدفع اليه القيمة من بيت المال والدليل على صحة ما نقوله ان العبد لا يدفع الى بيت المال وانما رد الى سيده فوجب أن تكون القيمة على من يصير اليه العبد أو يكون استحقاقا تاما فلا تجب فيه القيمة على آخذه ص ﴿ وسئل مالك عن رجل حاز المشركون غلامه ثم غنمه المسلمون قال مالك صاحبه أولى به بغير ثمن ولا قيمة ولا غرم ما لم تصبه المقاسم قال فان وقعت فيه المقاسم فاني أرى أن يكون الغلام لسيده بالثمن ان شاء ﴾ ش قوله ان صاحبه أولى به بغير ثمن ولا قيمة ولا غرم يريد ان له أن يأخذه ولا يدفع فيه قيمة وهو ما يساوي يوم أخذه له ولا ثمنا ان كان وقع فيه تبايع بين المشركين قبل أن يغنم ولا يغرم بسبب ذلك من أنفق عليه ولا يكلف بسببه ووجه ذلك ان الغنيمة لا يستقر ملك الغانمين عليها بنفس الغنيمة وانما استقر بالقسمة وبه قال القاضي أبو الحسن وهو مذهب أبي حنيفة وملك صاحبه يتقرر عليه حال الغنيمة فكان له أخذه بغير ثمن وأما ما بعد القسمة فلا خلاف في تقرر ملك الغانمين عليها فلم يكن لصاحب ذلك أخذه الا بالثمن كالشفعة

قال وسمعت مالكا يقول فيما يصيبه العدو من أموال المسلمين انه ان ادرك قبل أن تقع فيه المقاسم فهو رد على أهله وأما ما وقعت فيه المقاسم فلا يرد على أحد * وسئل مالك عن رجل حاز المشركون غلامه ثم غنمه المسلمون قال مالك صاحبه أولى به بغير ثمن ولا قيمة ولا غرم ما لم تصبه المقاسم فان وقعت فيه المقاسم فاني أرى أن يكون الغلام لسيده بالثمن ان شاء

(فصل) وقوله فان وقعت المقاسم فانى أرى أن يكون الغلام له بالثمن ان شاء يريد بالثمن الذى صار الى الذى هو فى يده بالقسمة ان كان الفىء بيع وقسمت الأثمان وان كان الفىء قسم فبقيمته يوم دفع اليه فى القسمة وسواء دخل العبد زيادة أو نقصان عمى أو غيره فان صاحبه لا يأخذه الا بجميع الثمن لانه انما يستحقه بسبب قديم كالشفعة (مسئلة) فان ادعى من صار اليه العبد بالقسمة ثمنا وأنكره المستحق فهو مصدق فيما يشبه فان أتى بما لا يشبه رد الى القيمة ووجه ذلك انه يخرج العبد من يده بعوض فكان القول قوله فى ذلك العوض مالم يتبين كذبه كالشفعة ص ﴿ قال مالك فى أم ولد رجل من المسلمين حازها المشركون ثم غنمها المسلمون فقسمت فى المقاسم ثم عرفها سيدها بعد القسم انها لا تسترق وأرى أن يفتديها الامام لسيدها فان لم يفعل فعلى سيدها أن يفتديها ولا يدعها ولا أرى للذى صارت اليه أن يسترقها ولا يستحل فرجها وانما هى بمنزلة الحرة لان سيدها يكلف أن يفتديها اذا جرحت فهذا بمنزلة ذلك فليس له أن يسلم أم ولده تسترق ويستحل فرجها ﴾ ش وهذا كما قال ان أم الولد قد ثبت ولاؤها لسيدها ولم يكمل عتقها لان سيدها قد بقى له فيها الاستمتاع وأكثر أحكام الرق من انتزاع المال والحجر وغير ذلك فاذا غنمها المشركون ثم صارت بأيدى المسلمين بالغنيمة فان علم بذلك قبل القسمة فهى لسيدها وان لم يعلم بذلك حتى تصيبها المقاسم فان مالكا قال يفتديها الامام لصاحبها وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا يفتديها لنفسه صاحبها وجه قول مالك ان الامام يفتديها له انما ذلك لان صاحبها يجبر على افتكاكها وليس سبب ذلك من جهته ولا من جهتها وانما ألزمه الامام ذلك بما فعل من القسمة وليس هذا بمنزلة الأمة لان له تركها وهذا ليس له اسلامها وتركها وجه الرواية الثانية ان لصاحبها فيها بقية ملك فلزمه أن يفتدى ذلك المملوك منها لان القسمة شبهة ملك واذا كان منها ما يصح ملكه جاز أن يصح شبهة ملكه فاذا لم يصح الانتفاع بها الا لسيدها أجبر على أن يفتدى تلك المنفعة منها لان غيره لا ينتفع بها ولا يجوز له تسليمها لانه لا يملك اباحة ما يملك منها لغيره

(فصل) وقوله فان لم يفتدها الامام فعلى سيدها أن يفتديها يريد ان الامام ان ترك الواجب عليه من ذلك أو رأى فيه غير ما رآه مالك فان على سيدها أن يفتديها على كل حال وبماذا يفتديها اختلف أصحابنا فى ذلك فروى ابن القاسم عن مالك ان عليه أن يفتديها بثمنها الذى أخذها به كان أكثر من القيمة أو أقل وحكى ابن المواز عن أشهب والمغيرة ان على سيدها الأقل من القيمة والثمن وجه قول مالك ان ما افتدى من ذلك لحق القسمة فانما يفتدى بالثمن كالأمة ووجه القول الثانى انه يجبر على افتدائها فلزمته القيمة ان كانت أقل من الثمن وليس ذلك بمنزلة الأمة فانه مخير بين افتدائها وتركها فلذلك لزمه الثمن الذى اقتسمت به (مسئلة) فان ماتت قبل الحكم للسيد بها فلا شئ عليه من قيمتها لان الثمن انما هو ليفتديها فاذا ماتت فلا شئ عليه من فدائها وكذلك لو مات سيدها قبل أن يحكم له بها فهى حرة ولا شئ عليها ولا على تركة سيدها قاله سحنون ووجه ذلك انها تعتق بموته ولا تتبع تركة السيد بشئ لانه لا يقوم على ميت ولا تتبع هى بشئ لان ذلك ليس بسببها بخلاف الجناية

(فصل) وقوله ولا أرى للذى صارت له أن يسترقها ولا يستحل فرجها يريد لان فيها ملكا لسيدها ولا تصح ازالته الى رق واذا لم يحل للثانى استرقاقها لم يحل له وطؤها وانما له على سيدها عوض ما يملكه سيدها منها فاما لم يتقرر ذلك ولم يتميز كان عليه قيمة رقبتها الان رقبتها مشغولة بما بقى لسيدها فيها من الملك ولانها لو قتلت لكان له قيمتها فان كان غنيا أخذ ذلك منه وان كان فقيرا اتبع

* قال مالك فى أم ولد رجل من المسلمين حازها المشركون ثم غنمها المسلمون فقسمت فى المقاسم ثم عرفها سيدها بعد القسم انها لا تسترق وأرى أن يفتديها الامام لسيدها فان لم يفعل فعلى سيدها أن يفتديها ولا يدعها ولا أرى للذى صارت له أن يسترقها ولا يستحل فرجها وانما هى بمنزلة الحرة لان سيدها يكلف أن يفتديها اذا جرحت فهذا بمنزلة ذلك فليس له أن يسلم أم ولده تسترق ويستحل فرجها

فى ذمته وان كان ميتا بطل حقه

(فصل) وقوله انما هى بمنزلة الحرة يريد انه لا يصح لمن هى فى يده أن يملكها فهى بمنزلة الحرة فى حقه وقوله لان سيدها يكلف أن يفتديها اذا جرحت يريد انها لو جنت على أحد لكلف سيدها أن يفتديها فهذا بمنزلة ذلك فى وجوب افتدائها عليه وقياسه على الجناية يقتضى ان على سيدها أن يفتكها ممن هى فى يده بالأقل من الثمن والقيمة كالجناية انما هى الأقل من الارش والقيمة

(فصل) وقوله وليس له أن يسلم أم ولده تسترق ويستحل فرجها يريد انه لا يجوز له ذلك فيجبر على افتكاكها ص ﴿وسئل مالك عن الرجل يخرج الى أرض العدو فى المفاداة أو لتجارة فيشترى الحر أو العبد أو يوهبان له فقال اما الحر فان ما اشتراه به دين عليه ولا يسترق وان كان وهب له فهو حر ولا شئ عليه الا أن يكون الرجل أعطى فيه شيأ مكافأة فهو دين على الحر بمنزلة ما اشترى به وأما العبد فان سيده الاول مخير فيه ان شاء أن يأخذه ويدفع الى الذى اشتراه ثمنه فذلك له وان أحب أن يسلمه أسلمه وان كان وهب له فسيده الاول أحق به ولا شئ عليه الا أن يكون الرجل أعطى فيه شيأ مكافأة فيكون ما أعطى فيه غرما على سيده ان أحب أن يفتديه﴾ ش وهذا كما قال ان الرجل اذا خرج الى أرض العدو فى المفاداة أو التجارة الخروج الى أرض العدو على ثلاثة أضرب الجهاد والمفاداة والتجارة فاما دخول أرض الحرب للجهاد فقد تقدم ذكره وفضله وأما دخولها للمفاداة ودخولها للتجارة فقال سحنون من ركب البحر الى بلاد الروم فى طلب الدنيا فهى جرحة ونهى عن التجارة الى أرض السودان لان أحكام الكفر تجرى هنالك عليه

(فصل) وقوله فيشترى الحر أو العبد أو يوهبان له اما شراء الحر فانه لا يصح الا بان لا يعلم انه حر فاشتراه ثم تبين له ذلك ولعله سمى الفداء شراء والأصل فى ذلك ان فداء المسلمين وتخليصهم من ايدى المشركين واجب لازم رواه أشهب عن مالك قال ولو لم يقدروا ان يفتدوهم الا بكل ما يملكون فذلك عليهم وقال أشهب لما سئل عن فدائهم بالخمر لا يفدون بها ولا يدخل فى نافلة بمعصية فسماها نافلة ولعل هذا أن يكون رأى أشهب وروى عن مالك خلافه وجمهور أصحابنا على قول مالك والأصل فى ذلك ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال أطعموا الجائع وعودوا المريض وفكوا العانى والدليل على ذلك من جهة المعنى ما احتج به مالك من انه يلزم القتال لاستنقاذهم وفيه اتلاف المهج وسفك الدماء فبان يلزم استنقاذهم بالمال أولى وفى هذا الباب خمس مسائل احداها فيما يجوز فداؤهم به والثانية فى الحكم بيننا وبينهم ان لم يتفق الفداء والثالثة فى وجوب الرجوع على الأسير بما فدى والرابعة فى تبيين من لا يرجع عليه بالفداء والخامسة فى تداعى الأسير والمفادى فى مبلغ الفداء * فاما الاولى فاختلف أصحابنا فيها فذهب ابن القاسم الى انه يفدى من الأموال بما يجوز أن يملكهم اياه ولا يتقوون به فاما ما لا يجوز أن يملكهم اياه من رقيق المسلمين فلا يفدون به لانه فداء مسلم بمسلم وحقهما واحد فى وجوب الاستنقاذ منهم وكذلك الخمر والخنزير فانه لا يجوز أن يملكهم شيأ منه وكذلك ما يتقوون به على المسلمين كالخيل والسلاح لانهم يرفعون الينا أسيرا واحدا ويتقوون بما يصير اليهم من الخيل والسلاح على جماعة المسلمين وقال ابن الماجشون وأشهب يفدون بجميع أنواع المال مما يمكننا نحن أن نملكه ونملكهم اياه فاجازا فداءهم بالخيل والسلاح ووجه ذلك ان الخيل والسلاح قوتهم بها مترقبة مؤجلة واذايتهم لهذا المسلم موجودة وقال سحنون يفدون بكل شئ حاشا المسلمين فجوز فداءهم بالخمر فقال تبتاع لهم الخمر للفداء وهى ضرورة

وسئل مالك عن الرجل يخرج الى أرض العدو فى المفاداة أو لتجارة فيشترى الحر أو العبد أو يوهبان له فقال أما الحر فان ما اشتراه به دين عليه ولا يسترق وان كان وهب له فهو حر وليس عليه شئ الا أن يكون الرجل أعطى فيه شيأ مكافأة فهو دين على الحر بمنزلة ما اشترى به وأما العبد فان سيده الاول مخير فيه ان شاء أن يأخذه ويدفع الى الذى اشتراه ثمنه فذلك له وان أحب أن يسلمه أسلمه وان كان وهب له فسيده الاول أحق به ولا شئ عليه الا أن يكون الرجل أعطى فيه شيأ مكافأة فيكون ما أعطى فيه غرما على سيده ان أحب أن يفتديه

ووجه ذلك ان الضرورة تبيح الانتفاع بالمحرمات ولذلك أبيح أكل الميتة وضرورة هذا الأسير مثل ذلك وأشد فكان له الانتفاع بالخمر والخنزير لازالة ضرورته * وأما المسئلة الثانية وهى أن يأتى أهل الحرب بأسرى المسلمين للفداء فيطلبون فيهم مالا يستطاع فيريدون صرفهم الى بلد الحرب قال مالك وابن القاسم لهم أن يرجعوا بهم ولا يؤخذون منهم الا برضاهم وقال ابن الماجشون وغيره ان أراد الذى فى يده الاسير قيمته أو أكثر من ذلك بيسير دفعت اليه والا أخذ منهم قهرا ودفعت اليهم قيمته وجه قول مالك انهم نزلوا على عهد فلا يجوز نقضه وغلبتهم على ما بأيديهم ووجه القول الثانى ما احتج به أصبغ انا لم نعاهدهم على مخالفة أحكام الله تعالى وانما عاهدناهم على أن نفى لهم بشرطهم ما لم يخالفوا الحق (فرع) وأما الذى يراعى فى قيمتهم قال سحنون يراعى فى ذلك فداء مثلهم ليس القرشى والعربى كالاسود والمولى قال ابنه فقد فديت الاسارى الذين كانوا بسردانية على قيمتهم عبيدا قال انما ذلك لأنهم غير معروفين عندى من ذوى القدر * وأما المسئلة الثالثة وهى وجوب الرجوع على الاسير بالفداء لمن شاء ذلك فالذى عليه جمهور أصحابنا أن الاجنبى يرجع على الاجنبى بما فداه به وان كان أضعاف ثمنه قاله ابن القاسم وسحنون فان وجده عنده أخذه منه قال عبد الملك وسحنون وهذا أحق بماله من غرمائه حتى يستوفى الفداء واحتج عبد الملك بان الفداء آكد من الدين لأنه يجبر على فدائه بأضعاف قيمته ودينه انما يدخل فى ذمته باختياره وقال محمد بن المواز انما هذا فى ماله الذى أحرزه العدو مع رقبته (فرع) فان كان ما اشتراه به مما له مثل رجع عليه بمثله وان كان مما يرجع الى القيمة رجع عليه بقيمته فان كان خمرا أو خنزيرا فقد قال سحنون ان كان المشترى مسلما لم يرجع عليه بشئ هذه رواية ابنه عنه ويحتمل على قوله انه اشتراه بالخمر والخنزير انه يرجع على الاسير بثمن ذلك قال سحنون وان كان المشترى ذميا رجع عليه بقيمة الخمر والخنزير لأنه مال وان كان ممن يقول الميتة فهذا حكمها * وأما المسئلة الرابعة وهى تمييز من يرجع عليه بالفداء من غيره فالناس فى ذلك على ثلاثة أضرب أجانب وذو محارم ومن يعتق عليه فأما الاجانب فانه يرجع عليهم على كل حال الا أن يريد الصدقة عليهم وكذلك الاقارب ممن ليسوا بذى محارم فلذلك جعلناهم فى جملة الاجانب وأما من يعتق عليه فلا رجوع له عليهم فيما فداهم به عرفهم أو لم يعرفهم الا أن يقول له افدو لك الفداء على وأما ذو المحارم غيرهم والزوجة فانه ان فداهم وهو لا يعلم من هم فله الرجوع عليهم لأنه لم يقصد الهبة فان عرفهم فلا رجوع له عليهم الا أن يأمروه هم بفدائهم ليرجع عليهم قال سحنون والاصل فى ذلك أن كل من لا يرجع عليه بثواب الهبة فانه لا يرجع عليه بالفداء ومن يرجع عليه بثواب الهبة فانه يرجع عليه بالفداء وقد قال القاضى أبو محمد فى هبة أحد الزوجين الآخر روايتان عن مالك احداهما الأثواب عليه وعلى هذا بنى سحنون هذه المقالة والثانية عليه الثواب فيجب أن يرجع أحد الزوجين على الآخر بالفداء قياسا على هبة الثواب * وأما المسئلة الخامسة وهى تداعى الاسير والمفادى فى الفداء فاختلف أصحابنا فيه فذهب أكثرهم الى أن القول قول الاسير فى انكار الفداء جملة وفى انكار بعضه فان أتى بما يشبه حكم عليه به ولم يقض عليه بغيره سواء أخرجه من أرض الحرب أو لم يخرجه منها رواه ابن حبيب عن ابن القاسم وابن الماجشون ومطرف وأصبغ قال ابن حبيب وقيل اذا أقر الاسير أنه فداه واختلفا فى قدر الفداء فالفادى مصدق ويصير كالرهن فى يديه وهذا خلاف قول مالك وقد قال سحنون مثل هذا القول قول الفادى اذا كان الاسير بيده

(فصل) وقوله وأما العبد فان سيده الاول مخير فيه فان شاء أن يأخذه و يدفع الى الذى اشتراه ثمنه فذلك له وان أحب أن يسلمه أسلمه هذا حكم العبد القن سيده مخير فيه وكذلك المكاتب والمدبر والمعتق الى أجل وأما أم الولد فانه يجبر على أخذها بالثمن الذى اشتريت به والفرق بينهما أنه يجوز بيع ماله في المكاتب والمدبر والمعتق الى أجل وأخذ العوض عنه ولا يجوز له ذلك في أم الولد

﴿ ماجاء في السلب في النفل ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد عن عمرو بن كثير بن أفلح عن أبى محمد مولى أبى قتادة عن أبى قتادة بن ربعي أنه قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حنين فلما التقينا كانت للمسلمين جولة قال فرأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين قال فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربته بالسيف على حبل عاتقه فأقبل على فضمني ضمة وجدت منها ريح الموت ثم أدركه الموت فأرسلني قال فلقيت عمر بن الخطاب فقلت مابال الناس فقال أمر الله ثم ان الناس رجعوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقمت ثم قلت من يشهد لى ثم جلست ثم قال من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقمت ثم قلت من يشهد لى ثم جلست ثم قال ذلك الثالثة فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة قال فاقتصصت عليه القصة فقال رجل من القوم صدق يارسول الله وسلب ذلك القتيل عندى فارضه عنه يارسول الله فقال أبو بكر لاها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله يقاتل عن الله و رسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فاعطه اياه فأعطانيه فبعت الدرع فاشتريت به مخرفا في بنى سلمة فانه لاول مال تأثلته في الاسلام ﴾ ش قوله فلما التقينا كانت للمسلمين جولة يريد بعض الانهزام وانما انهزمت مقدمة الجيش والنبي صلى الله عليه وسلم ثابت ولذلك قال رجل للبراء بن عازب يا أبا عمارة أكنتم فررتم يوم حنين قال لا والله ماولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه خرج سباق أصحابه وخفافهم حسرا ليسوا بسلاح فأتوا قوما رماة جمع هوازن وبنى نصر ما يكاد يسقط لهم سهم فرشقوهم رشقا ما يكادون يخطئون فأقبلوا هنالك الى النبي صلى الله عليه وسلم وهو على بغلته البيضاء وابن عمه أبو سفيان بن الحرث بن عبد المطلب يقود به فنزل واستنصر ثم قال أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب ثم صف أصحابه

(فصل) وقوله فرأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين يحتمل أن يريد ظهر عليه وأشرف على قتله و يحتمل أن يريد انه صرعه وقوله فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربته بالسيف على حبل عاتقه ظاهر هذا انه لم يبرز أحدهما الى صاحبه ويؤكد هذا قوله فلما التقينا كانت للمسلمين جولة وانه انما لقي أحدهما الآخر بالتقاء الجيش ولو كان كل واحد منهما برز الى صاحبه لم يجز لابى قتادة أن يقتله اذا ظهر على المسلم واختلف أصحابنا في جواز دفع المشرك عن المسلم اذا تبارزا وظهر عليه وخيف عليه أن يقتله فقال أشهب وسحنون يعان و يدفع عنه المشرك ولا يقتل لان مبارزته عهد ان لا يقتله الا من بارزه وقال سحنون أيضا لا يعان بوجه رواه ابن المواز عن ابن القاسم * وسئل مالك أيعان فقال ان خاف الضعف فلا يبارز (فرع) فان قتل المشرك

عن أبى محمد مولى أبى قتادة عن أبى قتادة بن ربعي أنه قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حنين فلما التقينا كانت للمسلمين جولة قال فرأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين قال فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربته بالسيف على حبل عاتقه فأقبل على فضمني ضمة وجدت منها ريح الموت ثم أدركه الموت فأرسلني قال فلقيت عمر بن الخطاب فقلت مابال الناس فقال أمر الله ثم ان الناس رجعوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقمت ثم قلت من يشهد لى ثم جلست ثم قال من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقمت ثم قلت من يشهد لى ثم جلست ثم قال ذلك الثالثة فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة قال فاقتصصت عليه القصة فقال رجل من القوم صدق يارسول الله وسلب ذلك القتيل عندى فارضه عنه يارسول الله فقال أبو بكر لاها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فاعطه إياه فاعطانيه فبعت الدرع فاشتريت به مخرفا في بنى سلمة فانه لاول مال تأثلته في الاسلام

غير الذي يبارزه فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم على الذي قتله ديته وقال أشهب لا دية عليه
(مسئلة) فان بارز ثلاثة من المسلمين ثلاثة من المشركين فلا بأس لمن قتل صاحبه من المسلمين
أن يعين صاحبه في القتل والدفع كما فعل على بن أبي طالب رضي الله عنه وحمزة بن عبد المطلب
في معونة عبيدة بن الحرث يوم بدر ووجه ذلك انهم قد رضوا بتعاونهم فهم كجماعة الجيش تلقى جماعة
جيش آخر فلا بأس بتعاونهم
(فصل) وقوله فضمني ضمة وجدت منها ريح الموت يريد انه وجد من شدتها ألما يقرب من ألم
الموت ويحتمل أن يريد انه خاف من شدتها الموت وقوله ثم ان الناس رجعوا يحتمل أن يريد
رجعوا من جولتهم ويحتمل أن يريد رجعوا من القتال بعد الفراغ منه وقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه والذي ذهب اليه مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ذلك بعد ان برد القتال ولو لم يقله لم يكن للقاتل سلب فان السلب الذي نفله رسول الله صلى
الله عليه وسلم للقاتل انما هو من الخمس والدليل على أن هذا القول انما كان بعد الفراغ من
القتال الذي فيه وقع القتال قوله ثم ان الناس رجعوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من
قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه وهذا يقتضي أن قوله صلى الله عليه وسلم كان بعد رجوعهم فان كان
رجوعهم ذلك من القتال فهو ما قلناه وان كان رجوعهم من الهزيمة فانه يقتضي انه صلى الله عليه
وسلم قال ذلك بعد التراجع من الهزيمة فمن قتل قبل التراجع ولذلك قام أبو قتادة فمن قتله قبل
التراجع وقضى له بسلبه ووجه آخر وهو ان القعنبي وهو أوثق الناس وأحفظهم لحديث مالك قال
في هذا الحديث ثم ان الناس رجعوا وجلس النبي صلى الله عليه وسلم فقال من قتل قتيلا فله سلبه
وهذا يدل على أنه بعد الفراغ من القتل لان النبي صلى الله عليه وسلم كان راكبا على بغلته في حال
القتال ومعلوم أنه لا يرجع عنه الى الجلوس والراحة الا بعد الفراغ منه ووجه آخر وهو أنه لا خلاف
أن النبي صلى الله عليه وسلم انما قال ذلك بعد الفراغ ورجوع الناس من الهزيمة وهذا يدل على أنه
لم يرد به التحريض ولو أراد به التحريض على القتال ذلك اليوم لقاله في أول القتال وقبل الهزيمة
ووجه رابع وهو ما روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم
فقال الرجل يقاتل للغنيمة ويقاتل للحمية ويقاتل ليرى مكانه من الشهدا فقال من قاتل لتكون
كلمة الله هي العليا فذلك في سبيل الله واذا قال ذلك الامام بعد تقضي الحرب كانت النيات قبله سليمة
صحيحة ولم يقاتل أحد الا لتكون كلمة الله هي العليا واذا قاله في أول القتال أثر ذلك في النيات
وعرض الناس ليقاتلوا لما يحصل لهم من السلب (مسئلة) والدليل على أنه من الخمس حديث
عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية قبل نجد فغنموا ابلا كثيرة فكانت
سهمانهم اثني عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا فوجه الدليل منه أنه ذكر أن سهمانهم
بلغت أحد عشر بعيرا ثم نفلوا بعيرا بعيرا وهذا يدل على أن النفل من غير الاربعة الاخماس ولا مكان
له غير الخمس ومما يبين ذلك من جهة المعنى أن الاربعة الاخماس من الغنيمة للغانمين تجب المساواة
بينهم فيه لا يزاد أحد منهم لغنائه ولا لقتال ولو كان فيه تفضيل لقتل أو قتال لوجب أن يفاضل بينهم
للغناء فلا يأخذ عبد الله بن مسعود وأبو هريرة ما يأخذ على بن أبي طالب والزبير بن العوام وخالد
ابن الوليد والبراء بن مالك وأبو قتادة الانصاري رضي الله عنهم ولما اجمع المسلمون على أن أخذهم
سواء له وان اختلفوا وتباينوا في القتل والقتال بطل أن يكون للقتل مزية لاحد من الأربعة

الأخماس وانما يكون التفاضل فى الخمس فانه محل التفاضل والعطاء لبعض دون بعض على قدر اجتهاد الامام وأما الاربعة الأخماس فليست بمحل لاجتهاده ونحرر من هذا قياسا فنقول ان هذه مزية غناء فلم يجز أن يعاوض عليها بمزية عطاء من الأربعة الأخماس أصل ذلك لشدة القتال وحماية المسلمين والمدافعة عنهم والانفراد بأخذ الغنائم العظيمة والاموال الجسيمة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلو أن اماما قال قبل القتال من قتل قتيلا فله سلبه أو نفل رجلا سلب قتيل قتله من غير الخمس فانه لا ينقض لانه من الامام حكم حاكم بقول بعض العلماء فلا ينقض قاله سحنون وفى هذا أربع مسائل احداها فيما يقتضيه قول الامام من ذلك والثانية فى ذكر من يستحق ذلك من الغانمين والثالثة فى وصف من يستحق ذلك بقتله من المقتولين والرابعة فى وصف السلب الذى يستحق بذلك فأما ما يقتضيه قول الامام من ذلك فان الامام اذا نادى فى ذلك بلفظ يعمه ويعم الناس مثل أن يقول من قتل قتيلا فله سلبه فان هذا الحكم ثابت له ولجميع الناس وان خص نفسه بان قال ان قتلت قتيلا فلى سلبه لم يكن له من ذلك شئ لانه قد حابى نفسه وأظهر ما نهى عنه من ترك المعدلة فلم يجز حكمه ووجب نقضه وان قال من قتل منكم قتيلا فله سلبه فان هذا الحكم ثابت للناس دونه لانه قد أخرج نفسه منه بقوله منكم قال ذلك كله سحنون (مسئلة) واذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فكان القاتل ممن لا يسهم له فقد روى ابن سحنون عن أبيه ان كان القاتل ذميا فلا شئ له من السلب وكذلك لو قتلت امرأة قال وأشهب يرى أن يرضخ لأهل الذمة على قياس قوله له السلب من الخمس لانه نفل واختلف قول الشافعى فى العبد والمرأة والصبى والأظهر عندى على مذهبه ان من قتل قتيلا منهم فله سلبه فان اللفظ عام وأما ان كان القاتل مخذلا أو مرجفا على المسلمين فانه ليس له من السلب شئ لانه لم يقاتل عن الله ورسوله (مسئلة) واذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل القاتل امرأة أو صبيا فقد حكى سحنون عن الأوزاعى ان قاتلا فله سلبهما وهذا يقتضى أن يكون المذهب وقد رأيت لسحنون ما يقتضيه وأما من قتل مستأسرا أو من لا يدافع فليس له من سلبه شئ (مسئلة) وأما السلب الذى يستحقه القاتل بهذا القول قال سحنون قال أصحابنا لا نفل فى العين وانما هو الفرس وسرجه ولجامه وخاتمه ودرعه وبيضته ومنطقته فى ذلك من رجليه الى ساعديه وساقيه ورأسه والسلاح ونحوه وحلية السيف تبع للسيف ولا شئ له فى الطوق والسوارين والعين كله ولا فى الصليب يكون معه وقال ابن حبيب يدخل فى السلب كل ثوب عليه وسلاحه ومنطقته التى فيها نفقته وسواراه وفرسه الذى هو عليه أو كان يمسكه لوجه قتال عليه فأما ان كان بجنب أو كان منفلتا فليس من السلب فتحقيق مذهب سحنون ان ما كان معه من لباسه المعتاد وما يستعين به على الحرب من فرس أو سلاح فهو من السلب ومذهب ابن حبيب ان ما كان عليه من اللباس والحلى والنفقة المعتادة وما يستعان به على الحرب فهو من السلب

(فصل) وقوله فقمت فقلت من يشهد لى ثم جلست يريد انه قام ليطلب سلب القتيل الذى قتله لما سمع من النبى صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه ثم تأمل قوله صلى الله عليه وسلم له عليه بينة ولم يعلم بأن أحدا رآه يشهد له بذلك فقال فى نفسه من يشهد لى بذلك فلما استبعد أن تكون له بينة بما فعل من ذلك يصل بها الى استحقاق سلب القتيل الذى قتله جلس عن القيام فى ذلك وسكت عن طلبه.

(فصل) وقوله ثم قال من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه تكرار النبى صلى الله عليه وسلم ذلك ثلاث

مرات يحتمل أن يكون قالها في ساعات مفترقة لكي يسمع قوله من يأتي بعد قوله الأول والثاني ويحتمل أن يكون جرى في ذلك على عادته صلى الله عليه وسلم انه اذا قال قولا أعاده ثلاثا فيكون قال ذلك قولا متقاربا وقيام أبي قتادة عند قوله الأول والثاني بعد أن جلس في الأول والثاني لما كان يتجدد له من الأمل في سلب قتيله بقول النبي صلى الله عليه وسلم بما كان يثبت في نفسه انه مستحق لسلب ذلك القتيل لعلمه بقتله له ثم كان يجلس بعد ذلك عند ماتبين له انه لا يدفع اليه الا ببينة وكان عنده ان بينته على ذلك معدومة وما الذي يثبت به هذا في مثل تلك المواضع أما من شهد له شاهدان بأنه قتله فلا خلاف في ذلك واحتجاج أصحابنا بخبر أبي قتادة انه دفعه اليه بقول واحد دون يمين يدل على انه يجوز أن يقبل فيه قول الواحد وذلك اذ قال الامام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال أبو بكر بعد ذلك الذي شهد له به لاها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه فاضاف السلب الى ملكه بقول الشاهد الواحد واذا كان هكذا فطريقه طريق الخبر لا طريق الشهادة (مسئلة) وأما اذا قال من قتل قتيلا فله سلبه ولم يشترط البينة فقد قال ابن سحنون من جاء برأس فقال أنا قتلته فقد اختلف فيه قوله فعلى قوله الأول السلب له وعلى قوله الآخر لا شيء له الا ببينة فاما ان جاء بسلب فقال أنا قتلت صاحب هذا السلب فلا يأخذ السلب الا ببينة وجه القول الأول في التفريق بين الرأس والسلب ان الرأس في الأغلب لا يكون الا بيد من قتله لانه أقرب اليه من غيره وهو يمنع منه من أراده ولا يتركه وقد علم ان الامام نفله سلبه فهذا الا يشهد له وأما السلب فليس كونه بيده شاهدا له لانه موضع سلب ولا يمنعه منه غيره لانه لا حق له فيه الا كحقه وأما على القول الآخر فلا فرق بينهما انه لا يصدق صاحب الرأس ولا صاحب السلب * قال القاضي أبو الوليد انه يجوز أن يقبل في ذلك الشاهد الواحد على ما تقدم من احتجاج أصحابنا بقول أبي قتادة والا فظاهر لفظ البينة يقتضي الشهادة ولا يكون ذلك أقل من شاهدين ولا يجوز على هذا القول في ذلك الشاهد واليمين لان الشهادة لا تتناول المال وانما تتناول القتل وهو حكم في الجسد

(فصل) وقوله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة يحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم لما رأى قيامه مرة بعد مرة اعتقد انه ممن يستحق مثل هذا أو ممن في نفسه شبهة من استحقاقه فان كان مستحقا له بين له وجه استحقاقه وهداه اليه فان لم يكن على ذلك الوجه بين له انه غير مستحق له أو تفضل عليه ابتداء ويحتمل أيضا أن يكون اعتقد فيه ان له حاجة فمنعه الحياء من ابدائها وتبعثه حاجته على القيام المرة بعد مرة فاراد أن يسهل عليه استفتاح الكلام فيها

(فصل) وقوله فاقتصصت عليه يريد انه أورد عليه ما جرى له والموجب لقيامه وجلوسه فقال رجل من القوم صدق يارسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فارضه منه يارسول الله وقول الرجل صدق شهادة لابي قتادة بقتله وباضافة السلب الذي عندي الى ذلك القتيل لان القاتل للقتيل يحتاج أن يبين أحدهما مباشرة قتله والثاني أن ذلك السلب له اذا وجد السلب عليه ومعه فان قلنا ان كون رأس القتيل معه شهادة له يقبل قوله فيجب أن يكون مع ذلك سلب القتيل بيده شهادة له به هذا ان قلنا ان طريقه طريق الشهادة وان قلنا طريقه طريق الخبر فانه ظاهر فيما يدعيه

(فصل) وقول ذلك الرجل وسلب ذلك القتيل عندي عدة ورغبة الى النبي صلى الله عليه وسلم في أن يهبه اياه من غير أن يكون قبله ويعوض أبا قتادة من ذلك ما يرضى به

(فصل) وقوله رضي الله عنه لاها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك

سلبه يريد ان أبا قتادة من أسد الله المؤمنين فاضافه الى الله لما كان عمله لله كما قال تعالى يشرب بها عباد الله فاضافهم الى الله تعالى لما كانوا عاملين له وقوله يقاتل عن الله ورسوله يريد انه يقاتل لتكون كلمتهما العليا ودينهما الظاهر وأضاف السلب الى القاتل بقوله فيعطيك سلبه لما كان قد استحقه بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه فاستحق بذلك كل قاتل سلب قتيله بعينه وانما وقف تسليمه لوجود البينة بذلك ولما استحق أبو قتادة سلب ذلك القتيل بعينه ملك أعيان السلب ولم يكن لاحد أن يعوضه منه الا باختياره فلذلك منع أبو بكر رضى الله عنه من أن يعطى غيره شيأ من ذلك بغير رضاه وان عوض منه

(فصل) وقوله يقاتل عن الله ورسوله يقتضى ان كل من كان من المقاتلين على هذا الوجه مستحق سلب القتيل بما تقدم من قول النبى صلى الله عليه وسلم ومن كان منهم لا يقاتل عن الله ورسوله فانه غير داخل تحت ذلك

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم صدق فاعطه اياه تصديقا لقول أبى بكر بالمنع من أخذ الرجل لسلب قتيل أبى قتادة وأمر اله باعطائه أبا قتادة ما كان عنده من سلبه لانه صلى الله عليه وسلم قد كان أوجبه له بقوله من قتل قتيلا فله سلبه فاعطاه اياه الرجل فباع أبو قتادة الدرع وهذا يدل على أن ذلك كان من جملة ذلك السلب قال أبو قتادة فابتعت به مخرفا والمخرف البستان تكون فيه الفاكهة من التمر وغيره والخرفة هى الفاكهة وهذا يدل على ان التمر من جملة الفاكهة لانه سمى بساتين المدينة بها وليس فيها شئ غير النخيل وأما قوله تعالى فيهما فاكهة ونخل ورمان بعطف النخل والرمان على الفاكهة فعلى معنى التأكيد وكذلك قال تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فعطف جبريل وميكائيل على الملائكة وهما من أفاضل الملائكة

(فصل) وقوله وانه لأول مال تأثلته فى الاسلام يريد بالمال ههنا الاصل الذى لا ينقل ولا يحول لانه لا خلاف أنه قد ملك قبل ذلك ما يقع عليه اسم مال من السلاح وغيرها ويحتمل أن يريد بذلك غير ذلك من الاموال ولكنه لم يكن اتخذها على معنى التأثل وانما اتخذها للحاجة اليها بالاستعمال كالثوب يلبسه وغير ذلك فلم يكن على معنى التأثل ص * مالك عن ابن شهاب عن القاسم بن محمد انه قال سمعت رجلا يسأل عبد الله بن عباس عن الانفال فقال عبد الله بن عباس الفرس من النفل والسلب من النفل قال ثم عاد الرجل لمسألته فقال ابن عباس ذلك أيضا ثم قال الرجل الانفال التى قال الله تعالى فى كتابه ماهى قال القاسم فلم يزل يسأله حتى كاد أن يحرجه ثم قال ابن عباس أتدرون ما مثل هذا مثل صبيغ الذى ضربه عمر بن الخطاب * ش سؤال الرجل عبد الله بن عباس عن الانفال ظاهره انه سأله عن الانفال المذكورة فى قوله تعالى يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول قال عكرمة ومجاهد وابن عباس هى الغنائم قيل والانفال جمع نفل وانما سميت الغنيمة نفلا لانها تفضل من الله على الناس وروى عن ابن عمر وابن عباس أيضا ان الانفال هى الزيادات التى يزيدها الأئمة للناس اذا شاؤا ذلك ولو كانت فيه مصلحة وقال الحسن الانفال ما شذ من العدو من عبد أو دابة للامام أن يعطى ذلك من شاء فمن قال ان الانفال هى الغنائم قال ان الآية منسوخة بقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه وللرسول ومن قال بالقولين بعده جعلها محكمة فاذا تقرر ما ذكرناه واحتمل أن يكون سؤال الرجل عن الانفال المذكورة فكان سؤاله عن معنى هذه اللفظة ومقتضاها فأجابه عبد الله بن عباس بذكر ما يصح أن يكون منها وهو بعضها وانما يكون هذا جوابا لمن عرف أن الانفال هى الزيادة التى

* وحدثنى مالك عن ابن شهاب عن القاسم بن محمد أنه قال سمعت رجلا يسأل عبد الله بن عباس عن الانفال فقال ابن عباس الفرس من النفل والسلب من النفل قال ثم عاد الرجل لمسئلته فقال ابن عباس ذلك أيضا ثم قال الرجل الانفال التى قال تبارك وتعالى فى كتابه ماهى قال القاسم فلم يزل يسأله حتى كاد أن يحرجه ثم قال ابن عباس أتدرون ما مثل هذا مثل صبيغ الذى ضربه عمر بن الخطاب

تثبت بالشرع أو بالعرف فى الشرع وأما من سأل عن نفس الانفال فليس هذا جوابه ولعل ذلك الرجل لم يتبين سؤاله ولا تبين مراده فاعتقد عبد الله بن عباس انه لما كان يسئله عما قد جاوبه به أولعله قد اقترن بسؤاله من سوء التأويل واظهار الاعجاب بقوله وادعاء المعرفة بما سأل عنه وانفراده بمعرفة ذلك ما اقتضى أن يجاوبه ابن عباس بما جاوبه به أولعله رأى انه ممن لا يستحق السؤال عن هذه المسئلة وانه ممن يجب عليه أن يسأل عن مسائل وضوئه وصلاته لقلة معرفته فيغفل ذلك ويقبل على السؤال عن مثل هذه المسائل التى لا تليق به ولا يفهمها ولا يحتاج الى معرفتها فلذلك قال له ابن عباس أتدرون ما مثل هذا مثل صبيغ الذى ضربه عمر بالدرة وقصة صبيغ المذكور ما روى سعيد بن المسيب قال جاء صبيغ التميمى الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال ياأمير المؤمنين اخبرنى عن الذاريات ذروا قال هى الرياح قال فأخبرنى عن الحاملات وقرا قال هى السحاب قال فأخبرنى عن الجاريات يسرا قال هى السفن ثم أمر به فضرب بمائة وجعله فى بيت فلما برأ دعا به فضرب بمائة أخرى وحمله على قتب وكتب الى أبى موسى الاشعرى امنع الناس من مجالسته فلم يزل كذلك حتى أتى أبا موسى فحلف له بالأيمان المغلظة ما يجد فى نفسه مما كان يجد شيأ فكتب فى ذلك الى عمر فكتب عمر ما إخاله الا قد صدق فخل بينه وبين مجالسة الناس ص ﴿سئل مالك عمن قتل قتيلا من العدو أيكون له سلبه بغير اذن الامام فقال لا يكون ذلك لاحد بغير اذن الامام ولا يكون ذلك من الامام الا على وجه الاجتهاد ولم يبلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل قتيلا فله سلبه الا يوم حنين﴾ ش وهذا كما تقدم من أن سلب المقتول لا يكون للقاتل الا باذن الامام وهو قوله فى العموم من قتل قتيلا فله سلبه أو قوله فى الخصوص لرجل بعينه ان قتلت قتيلا فلك سلبه وان قتلت فلانا الرجل من المشركين فلك سلبه أو يقول من قتل قتيلا من بنى فلان من المشركين فله سلبه فيكون ذلك على حسب ما قاله ولا يكون لغيره وانما يجب للامام أن يقوله على ما يؤديه اليه اجتهاده من النظر للمسلمين

(فصل) وقوله ولم يبلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل قتيلا فله سلبه الا يوم حنين يحتمل معنيين أحدهما انه اذا كانت المغازى قبل حنين وبعده عريت من هذا القول ومن هذا الحكم فلم يكن لمن قتل قتيلا سلبه الا يوم حنين فان ذلك يقتضى ان ذلك لا يكون الا باذن الامام وحكمه وانه ان قاله وحكم به نفذ حكمه به وان لم يقله لم يكن لمن قتل قتيلا سلبه والمعنى الثانى ان قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ فان لله خمسه وأجمع المسلمون على ان أربعة أخماسه للغانمين من هذه الآية وهذه الآية نزلت فى غزوة بدر وقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه يوم حنين فلا يجوز أن يكون الأول ناسخا للثانى بل لا بد أن يكون الحديث ناسخا لبعض حكم الآية أو مخصصا لعمومها أو مفسرا لحكمها وهو ان هذا الخمس الذى لله ولرسوله منصرف فى بعضه وهو سلب المقتول للقاتل اذا رأى ذلك الامام وما قاله من انه لم يبلغه ان ذلك كان الا يوم حنين فهو على ما قال فانه لا يثبت فيه شئ قبل يوم حنين وما روى من ذلك فى يوم بدر فمن طرق ضعيفة لا تصح والله أعلم

﴿ ماجاء فى اعطاء النفل من الخمس ﴾

ص ﴿مالك عن أبى الزناد عن سعيد بن المسيب أنه قال كان الناس يعطون النفل من الخمس * قال مالك وذلك أحسن ما سمعت الى فى ذلك﴾ ش وهذا كما قال سعيد بن المسيب رحمه الله الناس كانوا يعطون النفل وهو الزيادة على انصبائهم من الخمس لانه لا يجوز أن يعطوا من غيره لان الخمس

* قال وسئل مالك عمن قتل قتيلا من العدو أيكون له سلبه بغير اذن الامام قال لا يكون ذلك لاحد بغير اذن الامام ولا يكون ذلك من الامام الا على وجه الاجتهاد ولم يبلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل قتيلا فله سلبه الا يوم حنين

﴿ ماجاء فى اعطاء النفل من الخمس ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن أبى الزناد عن سعيد ابن المسيب انه قال كان الناس يعطون النفل من الخمس قال مالك وذلك أحسن ما سمعت الى فى ذلك

معرض لمثل هذا انما هو موقوف لمصالح المسلمين وليعط منه ما ينتفع به المسلمون وأما أربعة أخماس الغنيمة فهو لقوم معينين وهو مبني على المساواة لا يفضل فيه أحد لغناء ولا ينقص منه أحد لقلة غناء وهو أحب الأقوال الى مالك هذا يقتضي انه أحب اليه من قول من قال من غير الخمس ولا يخمس وانما يخرج أولا الأنفال للقاتلين ثم يخمس الباقي وليس معنى قوله ان هذا القول أحب اليه من الآخر ان الآخر عنده صحيح وانه مما يحبه ولهذا عليه مزية وانما معناه ان هذا أولى بان يؤخذ به كما يقال اقامة الحقوق أولى من تضييعها ص ﴿قال يحيى وسئل مالك عن النفل هل يكون في أول مغنم قال ذلك على وجه الاجتهاد من الامام وليس عندنا في ذلك أمر معروف موثق الا اجتهاد السلطان ولم يبلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل في مغازيه كلها وقد بلغني أنه نفل في بعضها يوم حنين وانما ذلك على وجه الاجتهاد من الامام في أول مغنم وفيما بعده﴾ ش قوله انه سئل عن النفل هل يكون في أول مغنم معناه أن ينفل قوما يخصهم بشيء من الغنيمة لأمر ينفردون به من سرية أو نحوها مثل أن يبعث سرية وينفلها الربع بعد الخمس فان ذلك لها لأنه أمر قد حكم لها به الامام وحكمه نافذ (مسئلة) فلو غنمت هذه السرية ثم لقيها عسكر آخر للمسلمين أخرجه الخليفة الى جهة أخرى فان كانت السرية ضعيفة عن النفوذ بما غنمته ولم يكن لها من العسكر الذي انفصلت عنه عون على ذلك فان العسكر الثاني يشركهم في النفل والغنيمة فما صار للسرية من نفل أخذته وما صار لها من مغنم ضم الى ما يأتي به العسكر الاول من المغانم وان كانت السرية قوية على التخلص لم يشركهم العسكر الثاني في نفل ولا سهم (مسئلة) وان أنفذ الأمير سرية على أن الربع بعد الخمس نفل لهم فلما فصلت أشهد انه قد أبطل ذلك فقد قال سحنون له ذلك ما لم يغنموا ولا يكون له ذلك بعد أن يغنموا

(فصل) وقوله ان ذلك على وجه الاجتهاد ليس فيه حد معروف يريد انه على وجه الاجتهاد من الامام في مصالح المسلمين وما يعود لمنافعهم وليس فيه حد معروف يريد مؤقت يلزم المصير اليه على كل حال لان ما كان مصروفا الى اجتهاد الامام يفعله اذا رأى ذلك ويتركه اذا تركه وما حد بالشرع ليس له النظر فيه ولذلك لما كان الخمس من المغنم لله ولرسوله مؤقتا لم يكن للامام أن يزيد فيه ولا ينقص منه باجتهاده ولما كان أربعة أخماس الغنيمة بين الغانمين على السواء لم يكن للامام أن يزيد من ذلك أحدا لغنائه ولا ينقص من حظه لضعفه لرأي يراه ولا لمصلحة يعتقدها وأما النفل فله الزيادة فيه والنقص منه فبان الفرق بينهما

(فصل) وقوله ولم يبلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل في مغازيه كلها يقتضي نفي ذلك من وجهين أحدهما أن يروى عن أحد من الثقات انه نفل في مغازيه والثاني أن يروى عن ثقة انه نفل يوم أحد ويوم كذا حتى يستوعب ذلك مغازيه وهذا اللفظ يقتضي نفي الوجهين وانما أثبت انه بلغه أن النبي صلى الله عليه وسلم نفل في بعضها وهو يوم حنين وانما أراد أن يثبت ان ذلك أمر غير لازم بالشرع وانما هو بحسب ما يراه الامام ويأذن فيه في بعض المواطن دون بعض ولو كان الأمر لازما في كل غزوة لحكم به النبي صلى الله عليه وسلم في سائر مغازيه كما حكم به يوم حنين ولما ثبت انه حكم به في بعض المواطن ولم يبلغنا انه حكم به في غيرها ولو حكم به لبلغنا كما بلغ حكمه بذلك يوم حنين ثبت انه انما يحكم به في بعض المواطن لما كان يرى فيه من المصلحة في ذلك اليوم ولا يحكم به في غيره لما كان يرى من المصلحة في ترك الحكم به في ذلك اليوم

*قال يحيى وسئل مالك عن النفل هل يكون في أول مغنم قال ذلك على وجه الاجتهاد من الامام وليس عندنا في ذلك أمر معروف موثق الا اجتهاد السلطان ولم يبلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل في مغازيه كلها وقد بلغني أنه نفل في بعضها يوم حنين وانما ذلك على وجه الاجتهاد من الامام في أول مغنم وفيما بعده

(فصل) وقوله وانما ذلك على وجه الاجتهاد من الامام فى أول مغنم وفيما بعده يريد انه قد يرى الامام وجه الصواب فى أن يأمر به فى أول المغنم وهو ماذكرناه من أن ينفل السرية فيعطيها ثلث ما يغنمه أو ربعه تختص به دون الجيش لما يرى من المصلحة فى ذلك للسرية والجيش وغيرهم وقد يرى الصواب أن يحكم به فى آخر المغنم على حسب ما فعل يوم حنين فيفعل ذلك فى آخر المغنم والله أعلم

﴿ القسم للخيل فى الغزو ﴾

ص ﴿ قال مالك بلغني أن عمر بن عبد العزيز كان يقول للفرس سهمان وللراجل سهم ﴾ قال مالك ولم أزل أسمع ذلك ﴾ ش يريد للفرس سهم يخصه وهذا يقتضى أن للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم واحد لانه اذا كان للفرس خاصة سهمان وللراجل الذى يركبه سهم كالراجل المفرد فانه يكون للفارس ثلاثة أسهم وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة للفرس سهم واحد ولفارسه سهم واحد فللفارس سهمان وللراجل سهم والدليل على مانقوله ماروى أبو داود عن أحمد بن حنبل حدثنا أبو معاوية حدثنا عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم لرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهما له وسهمين لفرسه ودليلنا من جهة المعنى ماذكره الشيخ أبو بكر ان الفرس لما كانت مؤنته أكثر من مؤنة فارسه وغناؤه أكثر من غناء الفارس زيد فى القسم من أجل ذلك (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يسهم للفرس الرهيص بدرب به كذلك قال مالك فأما المريض فاختلف أصحابنا فى سهمه فقال مالك يسهم له وقال أشهب وابن نافع لا يسهم له وجه القول الاول انه على حالة يرجى برؤه ويترقب الانتفاع به كالذى يصيبه الشىء الخفيف ووجه القول الثانى انه لا يمكن القتال عليه الآن فأشبه الكسير (مسئلة) وأما الكسير بدرب كذلك فلا خلاف انه لا يسهم له ولو أصابه ذلك بعد الادراب لا يسهم له قاله أشهب وأصبغ ووجه ذلك انه على حالة لا يرجى برؤه ولا يترقب الانتفاع به وقوله انه يسهم له اذا أصابه بعد أن أدرب ليس بمقتضى قول مالك وانما مقتضى قول مالك انه انما يسهم له اذا أصابه بعد حضور القتال به وانما ذلك القول مبنى على قول ابن الماجشون وهو نحو الى قول أبى حنيفة ص ﴿ سئل مالك عن رجل حضر بأفراس كثيرة فهل يقسم لها كلها فقال لم أسمع بذلك ولكن لا أرى أن يقسم الا لفرس واحد الذى يقاتل عليه ﴾ ش وهذا كما قال ان من حضر بأفراس كثيرة فكان ممن يسهم له فانه لا يسهم له منها الا مع فرس واحد ولا يسهم لسائرها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وقال الأوزاعى وأحمد بن حنبل يسهم لفرسين ولا يسهم لأكثر من ذلك وبه قال ابن وهب من رواية سحنون عنه والدليل على مانقوله انه انما يسهم لفرس يركبه فارس وأما فرس لا يركبه أحد ولا يقاتل عليه فلا منفعة فيه وهذا الفارس اذا كانت عنده عدة أفراس فانه لا يمكنه أن يقاتل على اثنين منها فى وقت واحد ولا يكون فارس فرسين فى وقت واحد فوجب أن لا يسهم الا لفرس واحد (مسئلة) واذا كان الفرس بين رجلين فسهماه للذى حضر به القتال وان كان الآخر ركبه فى أكثر طريقه وعليه للآخر أجرته وان شهدا عليه القتال جميعا فلكل واحد منهما بمقدار ما حضر عليه من ذلك وعليه نصف الاجارة قال مالك فى كتاب ابن سحنون ووجه ذلك ان المراعى فى استحقاق السهم حضور القتال فكان أحقهما بسهمى الفرس من حضر عليه القتال وعليه نصف الاجرة كالذى يعمل على الدابة بينه وبين شريكه فان له ما أصاب فى ذلك العمل وعليه نصف كراء الدابة فى مثل ذلك العمل ص ﴿ قال مالك

﴿ القسم للخيل فى الغزو ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك أنه قال بلغنى أن عمر بن عبد العزيز كان يقول للفرس سهمان وللراجل سهم قال مالك ولم أزل أسمع ذلك * وسئل مالك عن رجل يحضر بأفراس كثيرة فهل يقسم لها كلها فقال لم أسمع بذلك ولا أرى أن يقسم الا لفرس واحد الذى يقاتل عليه * قال مالك

لا أرى البراذين والهجن الا من الخيل لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وقال وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم * قال مالك وأنا أرى البراذين والهجن من الخيل اذا أجازها الوالي وقد قال سعيد بن المسيب وسئل عن البراذين هل فيها من صدقة فقال وهل في الخيل من صدقة * ش وهذا كما قال ان البراذين والهجن من الخيل قال ابن حبيب البراذين هي العظام يريد الجافية الخلقة الغليظة الأعضاء وليست العراب كذلك فانها أضمر وأرق أعضاء وأحلى خلقة وأما الهجن فهي التي أبوها عربي وأمها من البراذين فهي من الهجن وذهب مالك رحمه الله في قوله هذا الى أحد معنيين أحدهما ان اسم الخيل واقع على جميعها وان افترقت في أنواعها فمنها العراب ومنها الهجن والمعنى أن يريد انها من الخيل أي ان حكمها حكمها وان لم يكن اسم الخيل يتناولها ومن ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الأشعريين اذا أملقوا جمعوا أزوادهم وتساووا فيها فهم مني وأنا منهم لم يرد انه من الاشعريين في النسب ولا انهم من قريش وانما أراد ان خلقهم في المساواة أقرب الأخلاق الى خلقه الكريم العظيم صلى الله عليه وسلم واستدلال مالك بالآية يدل على انه أراد ان اسم الخيل يتناول البراذين والهجن لانه تعالى قال والخيل والبغال والحمير فالظاهر انه استوعب ذكر الحيوان المشار الى ركوبه والحمل عليه ليعدد نعمه علينا بذكر الانعام وما نحمل عليه منها ثم ذكر الخيل والبغال والحمير فالظاهر انه استوعب هذا الجنس ولم يذكر الهجن ولا البراذين فدل ذلك على ان اسم الخيل يتناولها

(فصل) وقوله وقال تعالى وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل الآية ومعنى ذلك أنه اذا ثبت بالآية المتقدمة ان الهجن والبراذين من الخيل ثم قال تعالى واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ثبت ان البراذين والهجن مما سمى الله لانها مما قد أمر الله تعالى بان تربط في سبيل الله ليذهب بها الى العدو

(فصل) وقول مالك وأنا أرى ان البراذين والهجن من الخيل اذا أجازها الوالي يريد ان حكمها ان يسهم لها كحكم الخيل قال ابن حبيب اذا أشبهت الخيل في القتال عليها والطلب بها أسهم لها ووجه ذلك ان هذا المقصود من الخيل الكر والفر عليها والطلب بها ولم يشترط ابن حبيب اجازة الوالي لها وانما اشترطه مالك لئلا يكون من التعلق والدناءة بحيث لا ينتفع بها ولا يمكن القتال عليها فمثل هذا يجب أن لا يجيزه الوالي وقال الشيخ أبو بكر اذا لم يكن بها عيب لا يقاتل على مثلها * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وذلك عندي الى العيب اذا كان العيب أمرا ثابتا لا يرجى برؤها منه وأما ما يرجى برؤها منه بالقرب كالرهيص فانه لا يمنع السهم قال سحنون واذا دخل دار الحرب بفرس لا يقدر أن يقاتل عليه من كبر أو من صعب لا يركب فهو راجل ولم يكن ينبغي للامام أن يجيزه فهذا يدل على ان على الامام أن يتفقد أمر الخيل فيميز منها ما يجب اجازته ويرد منها ما يجب رده مما لا منفعة فيه ولا يمكن القتال عليه (مسئلة) واناث الخيل بمنزلة ذكورها يسهم لها رواه ابن عبد الحكم عن مالك ووجه ذلك أنه يمكن عليها من القتال والطلب ما يمكن على ذكورها فوجب أن يسهم لها كما يسهم للذكور (مسئلة) وأما صغار الخيل لا مركب فيها ولا محمل فلا يسهم لها فان كان فيه القوة على ذلك أسهم له قاله ابن حبيب ووجه ذلك أن هذا مما لا يقاتل على مثله ولا ينتفع به في فرار ولا طلب فلا يسهم له كالكبير (فرع) ولو دخل بفرس صغير فبقي في أرض العدو حتى كبر وصار يقاتل عليه فله من يومئذ سهم فرس دون ما قبل ذلك رواه ابن سحنون عن أبيه بمنزلة من بلغ من الصبيان بأرض

لا أرى البراذين والهجن الا من الخيل لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وقال عز وجل وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم فأنا أرى البراذين والهجن من الخيل اذا أجازها الوالي وقد قال سعيد بن المسيب وسئل عن البراذين هل فيها من صدقة فقال وهل في الخيل من صدقة

العدوفلاسهم له الافيما غنموا بعد ذلك (مسئلة) وأما راكب البغل والحمار أو البرذون الذى لا يجيزه الوالى فانه لايسهم له ولا يرضخ له

(فصل) قال وقد قال سعيد بن المسيب وسئل عن البراذين هل فيها من صدقة فقال وهل فى الخيل من صدقة يريد أن سعيد بن المسيب لما سئل عن صدقة البراذين فأجاب بنفى الصدقة عن الخيل اقتضى ذلك أن البراذين عنده من الخيل والا كان مجيبا عن غير ما سئل عنه وهذا لا يجوز فثبت بذلك أن البراذين من جملة الخيل واسم الخيل يتناولها ولذلك فهم من سعيد بن المسيب نفى الزكاة عن البراذين بنفيها عن الخيل والله أعلم

﴿ ماجاء فى الغلول ﴾

قال ابن قتيبة سمى غلولا لأن من أخذه كان يغله فى متاعه أى يدخله فى أضعافه ومنه سمى الماء الجارى من الشجر غللا وقال يعقوب يقال فى المغنم غل يغل وغل يغل اذا خان ص ﴿ مالك عن عبد ربه بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صدر من حنين وهو يريد الجعرانة سأله الناس حتى دنت به ناقته من شجرة فتشبكت بردائه حتى نزعته عن ظهره فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ردوا على ردائى أتخافون أن لا أقسم بينكم ما أفاء الله عليكم والذى نفسى بيده لو أفاء الله عليكم مثل سمر تهامة نعما لقسمته بينكم ثم لا تجدونى بخيلا ولا جبانا ولا كذابا فلما نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم قام فى الناس فقال أدوا الخائط والمخيط فان الغلول عار ونار وشنار على أهله يوم القيامة قال ثم تناول من الارض وبرة من بعير أو شيئا ثم قال والذى نفسى بيده مالى مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه الا الخمس والخمس مردود عليكم ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صدر من حنين يريد حيث أصاب هوازن فأظفره الله بهم وغنم أموالهم وذراريهم فصدر يريد الجعرانة وهى طريقه الى مكة ولعله أراد أن يعتمر منها وحنين يقرب من الجعرانة فسأله الناس قسم تلك الغنائم وضايقوه فى طريقه لالحاحهم عليه بالمسئلة حتى ألجؤه الى سمرة فدنت ناقته منها فعلقت بردائه وهو الثوب الذى يلقيه على ظهره فنزعه عن ظهره

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ردوا على ردائى يريد ثوبه الذى انتزعته السمرة منه أتخافون أن لا أقسم بينكم ما أفاء الله عليكم يريد الانكار لكثرة سؤالهم اياه لأن ذلك سؤال من يخاف أن يمنع حقه وأما من كان له حق فى الغنيمة يتيقن أنه سيعطاه ويستوفيه فلا يجب أن يسأل ومن لم يكن له حق فى الغنيمة فيستغنى عن الالحاح لما علم من حال النبى صلى الله عليه وسلم وأنه سيعطى من له سهم سهمه ويعطى من لا سهم له من الخمس على قدر ما يستحقه وتلك قسمة أخرى فى الخمس تتناول من له حق فى الغنيمة ومن لا حق له فيها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والذى نفسى بيده لو أفاء الله عليكم مثل سمر تهامة لقسمته بينكم قسمه صلى الله عليه وسلم على سبيل الانكار عليهم لفعلهم وكثرة الحاحهم عليه بالسؤال فيما قد عرف من حاله أنه لا يمنعه حتى انهم قد اعتقدوا فيه المنع وهذا مما لا يفعله فقهاء الصحابة ولا فضلاء المهاجرين والانصار وانما يفعله قوم من المؤلفة قلوبهم أو ممن قرب اسلامه ولم يتمكن الفقه بعد فى نفسه ولا عرف أن على النبى صلى الله عليه وسلم من أحكام الشريعة تفريقه أربعة أخماس من الغنيمة على الغانمين ورد الخمس عليهم وعلى غيرهم من المؤمنين فأقسم صلى الله عليه وسلم لو كان ما أفاء الله عليهم فى الكثرة

﴿ ماجاء فى الغلول ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن عبد ربه بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صدر من حنين وهو يريد الجعرانة سأله الناس حتى دنت به ناقته من شجرة فتشبكت بردائه حتى نزعته عن ظهره فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ردوا على ردائى أتخافون أن لا أقسم بينكم ما أفاء الله عليكم والذى نفسى بيده لو أفاء الله عليكم مثل سمر تهامة نعما لقسمته بينكم ثم لا تجدونى بخيلا ولا جبانا ولا كذابا فلما نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم قام فى الناس فقال أدوا الخائط والمخيط فان الغلول عار ونار وشنار على أهله يوم القيامة قال ثم تناول من الارض وبرة من بعير أو شيأ ثم قال والذى نفسى بيده مالى مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه الا الخمس والخمس مردود عليكم

مثل سمر تهامة نعما لما منعه ذلك من أن يقسمه بينهم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ثم لا تجدونى بخيلا ولا جبانا ولا كذابا يحتمل أن تكون ههنا ثم بمعنى الواو فيكون تقديره انى أقسم عليكم ما أفاء الله عليكم ولا تجدونى بخيلا بشئ من ذلك ولا تجدونى جبانا ولا كذابا ويحتمل أن تكون ثم على بابها فى الترتيب والمهلة فيكون معنى ذلك أنى أقسم عليكم جميع ما أفاء الله عليكم ثم لا تجدونى بعد هذا بخيلا بما يكون لى منعه وصرفه الى سواكم ولا كذابا ولا جبانا وخص هذه الصفات بنفيها عن نفسه قال بعض المفسرين لأن وجود أضدادها من الجود والصدق والشجاعة من صفات الامام فنفى صلى الله عليه وسلم عن نفسه النقائص التى لا يصح أن تكون فى الامام ولا يصح أن يكون اماما من كانت فيه وعلى هذا ما قاله عمران صفات الامام أكثر من هذه الصفات وهى احدى عشرة صفة فقد كان يجب على هذا أن ينفى عن نفسه أضداد جميعها * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله والأظهر عندى أن يكون انما نفى عن نفسه هذه الثلاث الخلال لأنها مختصة بالحالة التى كان عليها لأنهم كانوا سألوه ما أفاء الله من الغنائم والمال فأقسم أنه يقسم جميعها بينهم ولا يجدوه بخيلا ولا كذابا فيما يعد به من قسمتها ولا جبانا يحتمل أن يريد به عن عدو يظهر فى الله عليه وأغنم مثل هذه الغنيمة وأكثرمنها ويحتمل أن يريد جبانا عن السائلين له وأن قسمته الفىء عليهم لا يفعله عن جبن وضعف عن منعه وانما يفعله طاعة لله تعالى فى أمره وتفضلا على أمته

(فصل) وقوله فلما نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم قام فى الناس فقال أدوا الخائط والمخيط يريد لما نزل من مركبه ذلك ولعل نزوله كان بالجعرانة لقسمة الغنائم وكانت الجعرانة اذ ذاك دار حرب وهذا يقتضى أن قسمة الغنيمة انما تكون فى دار الحرب وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يقسم فى دار الحرب والدليل على صحته فى الحرب ما ذهب اليه مالك (مسئلة) وأما الخائط والمخيط فان الخائط واحد الخيوط والمخيط الابرة ومن رواه الخياط فقد يكون الخياط الخيوط ويكون الابرة قال الله تعالى حتى يلج الجمل فى سم الخياط ومعنى ذلك الأمر باداء القليل التافه واذا وجب رد القليل فبأن يجب رد الكثير الذى له القدر والقيمة أولى وهذه المسئلة كقوله تعالى ومن أهل الكتاب من ان تأمنه بقنطار يؤده اليك ومنهم من ان تأمنه بدينار لا يؤده اليك فمن أدى القنطار فهو أقرب الى أن يؤدى الدينار ومن لم يؤد الدينار فهو أبعد الى أن يؤدى القنطار فاذا وجب أداء الخيط والابرة من الغنيمة فبأن يجب أداء الثوب والعين أولى وأحرى وفى الموازية وسع ابن القاسم فيما لا ثمن له مثل الخرقة يرقع بها أو الخيط يخيط به أو مسلة أو ابرة فقال له أن ينتفع به وقاله أصبغ وقال لا خلاف فيه قال مالك والذى يرد الخيط والكبة ومثله مما ثمنه دانق وشبهه أخاف أن يرائى بذلك وليس يضيق على الناس وروى أشهب عن مالك فى العتبية ما كان ثمنه درهم ونحوه له أن يحبسه ولا يبيعه فمعنى قوله صلى الله عليه وسلم أدوا الخائط والمخيط انما هو على وجه المبالغة لا على معنى انما يقع عليه اسم خيط من وبر أو أقل من ذلك يجب نقله ورده الى الغنائم وهذا كما قال صلى الله عليه وسلم مالى مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذا ثم تناول وبرة من الأرض ومعلوم ان مثل هذا لا يجب أداؤه ولا يمكن الاحتراز منه ومن أخذه من بعير غيره لغير أذى فلا يأثم بذلك

(فصل) قوله صلى الله عليه وسلم فان الغلول عار ونار وشنار على أهله يوم القيامة الغلول السرقة من المغنم فمن خان منه شيأ فقد غل وأما الشنار فهو بمعنى العيب والعار قال أبو عبيدة الشنار العيب

والعار وأنشد للقطامى

ونحن رعيـة وهم رعاة * ولولا رعيهم شنع الشنار

فأمر صلى الله عليه وسلم باداء القليل والكثير من المغنم فمن أخذ منه شيأ بغير حقه فهو عليه يوم القيامة عار ونار وشنار

(فصل) وقوله ثم تناول من الأرض وبرة من بعير أو شيأ يريد ما هو غاية فى النذارة والقلة والقبض ثم قال صلى الله عليه وسلم والذى نفسى بيده مالى مما أفاء الله عليكم الا الخمس يريد ان أربعة أخماسه لهم لاحق له صلى الله عليه وسلم فيه وانما له أخذ الخمس فهوله بمعنى التصرف والاجتهاد فى رده عليهم ولذلك قال والخمس مردود عليكم يريد ذلك الخمس لانه ليس فى الغنيمة شئ يوصف بالخمس ينفرد بحكم غير الخمس الذى تقدم ذكره وهذا يدل على ان الخمس انما يصرفه الامام على قدر ما يرى من اجتهاده فى مصالح المسلمين وانه ليس فيه حق معين لاحد ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد ابن يحيى بن حبان عن ابن أبى عمرة ان زيد بن خالد الجهنى قال توفى رجل يوم حنين وانهم ذكروه لرسول الله صلى الله عليه وسلم فزعم زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلوا على صاحبكم فتغيرت وجوه الناس لذلك فزعم زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان صاحبكم قد غلّ فى سبيل الله قال ففتحنا متاعه فوجدنا خرزات من خرز يهود ما يساوى درهمين * ش قوله توفى رجل يوم حنين كذا وقع فى كثير من النسخ وهو غلط والصواب يوم خيبر وكذلك رواه الاثبات ويدل على ذلك انه قال فوجدنا خرزات من خرز يهود ولم يكن يوم حنين يهود يؤخذ خرزهم والقصة مشهورة وانما كان ذلك اذ فتحت خيبر

(فصل) وقوله فذكروا وفاته للنبى صلى الله عليه وسلم لكى يصلى عليه رجاء بركة صلاته ودعائه صلى الله عليه وسلم وقوله صلى الله عليه وسلم صلوا على صاحبكم امتناعا مما قصدوه فذكر ذلك له من الصلاة عليه وقد علم من حاله صلى الله عليه وسلم انه لا يمتنع من الصلاة الا على من لا رضى حاله وانه قد علم انه أحدث حدثا يمنعه من الصلاة عليه اما بخبره بذلك عنده من يشهد بذلك عليه أو بوحى يوحى اليه وهذه سنة فى امتناع الأئمة وأهل الفضل من الصلاة على أهل الكبائر على وجه الردع والزجر عن مثل فعلهم وأمر غيره بالصلاة عليه دليل على ان لهم حكم الايمان لا يخرجون عنه بما أحدثوه من معصية وقد روى ابن سحنون عن أبيه عن معن عن مالك انه قال لا بأس أن يصلى على من غل وذلك يحتمل وجهين أحدهما أن يريد به أن يصلى عليه غير الامام والثانى ان الامام مخير ان شاء صلى وان شاء ترك وان ما فعل النبى صلى الله عليه وسلم من الامتناع من الصلاة على من غل لم يكن على وجه المنع من الصلاة عليه وانما كان ذلك لانه رأى ذلك فى ذلك الوقت أفضل وان لمن رأى الصلاة فى وقت تكون الصلاة أفضل أن يصلى وقد قال صلى الله عليه وسلم فى الصلاة على المنافقين انى خيرت فاخترت

(فصل) وقوله فتغيرت وجوه الناس يحتمل أن يريد به وجوه المؤمنين لامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة على من هو من جملتهم ولا يعلمون له ذنبا انفرد به فخافوا أن يكون ما منع من الصلاة عليه أمرا يشملهم فيهلكوا بذلك ويحتمل أن يريد به قبيلة وطائفة تغيرت وجوههم لما يخصهم من أمره ولما خافوا أن يكون ذلك لمعنى شائع فيهم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ان صاحبكم قد غل على وجه التبيين للمعنى الذى منعه من الصلاة عليه وفى ذلك زجر عن الغلول واذهاب لما فى نفس من لم يغل وأمان له من امتناعه صلى الله عليه وسلم من أن يصلى عليه ولما سمع المسلمون ذلك فتحوا متاعه لينظروا اهل يجدوا مما غل فيه فيردوه الى الغنائم

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد ابن يحيى بن حبان عن ابن أبى عمرة أن زيد بن خالد الجهنى قال توفى رجل يوم حنين وانهم ذكروه لرسول الله صلى الله عليه وسلم فزعم زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلوا على صاحبكم فتغيرت وجوه الناس لذلك فزعم زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان صاحبكم قد غل فى سبيل الله قال ففتحنا متاعه فوجدنا خرزات من خرز يهود ما يساوين درهمين

ولعله قد فعل ذلك أولياؤه فوجدوا خرزات من خرز يهود يحتمل انهم عرفوا انها من الغنائم لانهم انفصلوا عن غنائم اليهود بخيبر ولم يكن عنده مثل هذا من المتاع لاسيما فى ذلك الموضع الذى لا يحمل فيه الخرز لزينة ولا لبيع فعلموا بذلك انها غل من الغنائم و يحتمل أن يكون عرف ذلك من رآها من دور اليهود فظن انه قد أداها فلما وجدها فى متاعه بعد موته عرفها ووصفها بذلك على معنى الاعلام بجنسها وقلة الانتفاع بها كما أخبر بقيمتها ليعلم بتفاهة قيمتها وان أخذ هذا المقدار على تفاهته على هذا الوجه من جملة الكبائر التى تمنع من صلاة النبى صلى الله عليه وسلم وصلاة الائمة وأهل الفضل على من فعل ذلك ورضيه واستأثر به على جماعة المسلمين والله أعلم ص ﴿ مالك عن يحيى ابن سعيد عن عبد الله بن المغيرة بن أبى بردة الكنانى انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى الناس فى قبائلهم يدعو لهم وانه ترك قبيلة من القبائل قال وان القبيلة وجدوا فى بردعة رجل منهم عقد جزع غلولا فأتاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكبر عليهم كما يكبر على الميت ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى الناس فى قبائلهم يدعو لهم يريد أن القبائل تحيز فى نزولها تنزل كل قبيلة فى جهة فأتى النبى صلى الله عليه وسلم الناس فى قبائلهم يريد فى مواضعهم التى تحيزوا فيها بالقبائل يدعو لهم يريد أن اتيانه القبيلة انما كان للدعاء لها استئلافا للمسلمين واحسانا اليهم وارادة أن تعمهم بركة دعائه صلى الله عليه وسلم على وجه التخصيص به لكل قبيلة وتركه صلى الله عليه وسلم قبيلة من تلك القبائل لم يأتهم ولا دعا لهم تنبيها على فعل وجد منهم منع من ذلك ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم فعل ذلك الفعل بعينه بالوحى و يحتمل أن يعلم ان ثم معنى يجب أن يمتنع من أجله وان لم يعين له ذلك الفعل

(فصل) وقوله وان القبيلة وجدوا فى بردعة رجل منهم عقد جزع غلولا والجزع حجارة يتخذ منها أمثال الخرز فتنتظم فيه القلائد والعقود وكان ذلك الرجل قد غل ذلك العقد وصيره فى بردعته وهى الفراش المبطن فلما علم القوم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يدع الاتيان اليهم والدعاء لهم وقد فعل ذلك لسائر القبائل الا لحدث فيهم كشفوا عن ذلك الحدث وفتشوا متاعهم حتى وجدوا عندهم الغلول

(فصل) وقوله فأتاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكبر عليهم كما يكبر على الميت يحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم فعل ذلك على وجه الزجر عن مثل ما وجد عندهم من الغلول ولعله صلى الله عليه وسلم قد أشار بتكبيره عليهم أربعا كما يكبر على الميت الى أن حكمهم حكم الموتى الذين لا يسمعون الوعظ ولا يمتثلون الأوامر ولا يجتنبون النواهى وقد قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى ولا تسمع الصم الدعاء اذا ولوا مدبرين ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم قد أشار بذلك الى أنهم بمنزلة الموتى الذين انقطع عملهم وذلك أن كان يعلم ان من فعل ذلك منهم لا يقضى له بتوبة فكان ذلك بمنزلة الاعلام بسوء مصيره كما قال صلى الله عليه وسلم للرجل المسمى قزمان وقد بلى فى قتال المشركين بلاء عظيما فقال انه من أهل النار فكانت خاتمته ان قتل نفسه فيكون فى هذا الحديث على من غل خاصة وتمادى على كتمان ما غله وستره ولم يأت به اذا امتنع النبى صلى الله عليه وسلم من اتيان قبيلته والدعاء لها ولا صرفه عن سوء معتقده فى الاصرار على الغلول حتى فتش متاعه ووجد الغلول عنده ولعل معتقده فى الايمان كان على مثل هذا فكان تكبير النبى صلى الله عليه وسلم كتكبيره على الميت اعلاما بأنه فى حكم الميت على ذلك الفعل والمعتقد وانه لم يقض له بتوبة نسأل الله تعالى العفو والعافية والعصمة برحمته ص ﴿ مالك عن ثور بن زيد الديلى عن أبى الغيث سالم مولى ابن مطيع عن

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن المغيرة بن أبى بردة الكنانى انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى الناس فى قبائلهم يدعو لهم وانه ترك قبيلة من القبائل قال وان القبيلة وجدوا فى بردعة رجل منهم عقد جزع غلولا فأتاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكبر عليهم كما يكبر على الميت * وحدثنى عن مالك عن ثور بن زيد الديلى عن أبى الغيث سالم مولى ابن مطيع عن

أبي هريرة قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر فلم نغنم ذهبا ولا ورقا الا الأموال الثياب والمتاع قال فأهدى رفاعة بن زيد لرسول الله صلى الله عليه وسلم غلاما أسود يقال له مدعم فتوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وادى القرى حتى اذا كنا بوادى القرى بينما مدعم يحط رحل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاءه سهم عائر فأصابه فقتله فقال الناس هنيئا له الجنة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كلا والذى نفسى بيده ان الشملة التى أخذ يوم حنين من المغانم لم تصبها المقاسم لتشتعل عليها نارا قال فلما سمع الناس ذلك جاء رجل بشراك أو شراكين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم شراك أو شراكان من نار ❊ ش قوله عام حنين كذا قال عن مالك يحيى بن يحيى وابن القاسم والقعنبي وقال جماعة من الرواة عن مالك عام خيبر وقوله فلم نغنم ذهبا ولا ورقا الا الأموال الثياب والمتاع الذى يظهر ان المراد من الاموال الثياب والمتاع دون الورق والذهب ويقال انها لغة دوس والأظهر من لغة سائر العرب ان المال كل ما تمول وعلى هذا التأويل يكون قوله الا الأموال المتاع والثياب استثناء من غير جنس لانه استثنى الأموال التى هى المتاع والثياب مما ليس بمال وهى الذهب والورق ويحتمل وجها آخر وهو أن يكون اسم المال واقعا على الورق والذهب والثياب والمتاع فيكون قوله فلم نغنم ذهبا ولا ورقا بمعنى انه لم يغنم من المال ما هذه صفته ثم استثنى من ذلك فقال الا الأموال التى هى الثياب والمتاع فيكون استثناء من الجنس

(فصل) وقوله فأهدى رفاعة بن زيد الجذامى لرسول الله صلى الله عليه وسلم غلاما أسود يقال له مدعم ومعنى ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقبل الهدية من كل فرد منهم قال سحنون فى كتاب ابنه ولذلك قبل هدية المقوقس أمير مصر والاسكندرية وهدية أكيدر دومة ولم يقبل هدية عياض المجاشعى وقد قال بعض من تكلم على هذا الحديث ان هذا خاص بالنبى صلى الله عليه وسلم دون غيره من الأمراء وتعلق فى ذلك بحديث أبى حميد أن النبى صلى الله عليه وسلم استعمل على الصدقة رجلا يقال له ابن اللتبية فلما جاء قال هذا لكم وهذا أهدى لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفلا جلس فى بيت أبيه فينظر هل يهدى له وهذا التأويل غير صحيح وذلك أن قبوله لهدية مشرك ليس فى طاعته ولا يجرى عليه حكمه لا يخلو من احدى حالتين اما أن يكون الكافر المهدى فى حال منعة وقوة فأهدى الى الخليفة أو الامير فقد قال سحنون انه لا بأس أن يقبلها وهى له خاصة وليس عليه أن يكافئه وقال الأوزاعى يكافئه من بيت المال وهى للمسلمين وقال سحنون وان كان الروم فى ضعف والمسلمون مشرفون عليهم فقصدوا بذلك توهين عزمهم فهذه رشوة لا يحل قبولها وقاله ابن القاسم من رواية عيسى عنه قال وهو بخلاف أن يهدى العلج لرجل من المسلمين هدية تكون له خاصة زاد ابن المواز عن ابن القاسم وقال الا أن يتبين له أنه يهدى للامير لغير سبب الجيش لمودة قرابة ومكافأة أو غير ذلك مما يدل على انه خاصته فذلك له وأما رده صلى الله عليه وسلم لهدية عياض المجاشعى وقوله انا لا نقبل هدايا المشركين فيحتمل ان صح الحديث أن يكون على الوجه الممنوع وانه أراد بذلك ابطال حق من حقوق المسلمين وأما انكاره صلى الله عليه وسلم على ابن اللتبية قوله هذا أهدى لى فانه كان عاملا وهذه رشوة لان عامل الصدقة لا يهدى اليه الا ليترك للمهدى حقا وجب عليه أو يكف عنه ظلمه واذايته وذلك لازم له من غير رشوة واذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب انه يقبلها الامير وتكون لاهل الجيش قال ولا حجة لاحد فى هدية المقوقس للنبى صلى الله عليه وسلم يريد الاختصاص بها دون

أبى هريرة قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر فلم نغنم ذهبا ولا ورقا الا الاموال الثياب والمتاع قال فأهدى رفاعة بن زيد لرسول الله صلى الله عليه وسلم غلاما اسود يقال له مدعم فتوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وادى القرى حتى اذا كنا بوادى القرى بينما مدعم يحط رحل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاءه سهم عائر فأصابه فقتله فقال الناس هنيئا له الجنة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كلا والذى نفسى بيده ان الشملة التى أخذ يوم خيبر من المغانم لم تصبها المقاسم لتشتعل عليه نارا قال فلما سمع الناس ذلك جاء رجل بشراك أوشراكين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم شراك أو شراكان من نار

قبولها وهذا وجه يحتمل وأما ردها فليس بقول لاحد من أصحابنا على ان قول ابن حبيب بين فى التخصيص فانه كان ما يأخذه من ذلك لا يتميز له ولا يورث عنه وانما كان يستعمله فى مصالح المسلمين ثم يرجع اليهم بعد ذلك ولو استعمله الامير اليوم على هذا الوجه لجاز له ذلك والله أعلم (مسئلة) وأما ان كان المهدى يجرى عليه أحكام حكم المهدى اليه فقد قال سحنون وأشهب لا تقبل هديته مسلما كان أو كافرا ووجه ذلك ان هديته اليه انما تكون لدفع مظلمة يجب عليه دفعها أو ترك حق لا يحل له تركه وقد روى ابن نافع عن مالك فى السرية يبعثها الوالى فيرجعون بالفواكه فيهدون اليه مثل قفة عنب أو تين لا بأس به وتركه أمثل لانا نكره له قبول مثل هذا فى الغزو ووجه اباحة ذلك ان مثل هذا لا يهدى الا لموضع الحاجة اليه وعدم وجوده مع تفاهة قيمته هنالك

(فصل) وقوله حتى اذا كنا بوادى القرى بينما مدعم يحط رحل رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى الاستخدام بالعبد والاستعانة به فى مثل هذا من الاعمال لا سيما لمن يجب أن يفرغ نفسه للنظر فى أمور المسلمين ومكان نزولهم وتحفظهم من عدوهم وتحصنهم مما يتقى عليهم منه فى بلد الحرب ومكان القتال

(فصل) وقوله جاءه سهم عائر فأصابه فقتله السهم العائر الذى لا يدرى من رمى به يريد انه أصابه فى غير قتال وانما رمى به من قصد الجملة ولم يقصد مقاتلا برميته والله أعلم

(فصل) وقوله فقال الناس هنيئا له الجنة على ما اعتقدوا من انه شهيد اذ قتل فى خدمة النبى صلى الله عليه وسلم فى سبيل الله فقال صلى الله عليه وسلم كلا والذى نفسى بيده ان الشملة التى أخذها يوم حنين أو خيبر من المغانم لم تصبها المقاسم لتشتعل عليه نارا ظاهر هذا القول انها تشتعل عليه نارا لانه أخذها من المغانم بغير قسمة ولا حق وانما أخذها غلولا ويحتمل أن يكون أخذها غير محتاج اليها للبسه فلذلك اشتعلت عليه نارا أو أخذها محتاجا اليها ثم أمسكها بعد القسمة وبعد الرجوع الى بلاد المسلمين وقد قال ابن القاسم فى الموازية وما احتاج اليه فى السرية من ثوب يلبسه أو دابة يركبها أو يحمل عليها علفا فذلك له اذا كان اذا بلغ العسكر واستغنى عنه جعله فى المقاسم وروى ابن وهب وعلى بن زياد عن مالك فى المدونة لا ينتفع بدابة ولا سلاح ولا ثوب (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فمن أخذ شيأ من ذلك محتاجا اليه رده فى المغنم اذا استغنى عنه فان فاته ذلك فقد روى أشهب عن مالك يبيع ذلك ويتصدق بثمنه ووجه ذلك انه قد تعذر رده الى مستحقه فلزمه أن يبيعه ويتصدق بثمنه لتتم منفعته المسلمين بسد فاقة فقير من فقرائهم أو مرفق لجماعة فقرائهم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لتشتعل عليه نارا يدل على ان من المؤمنين من يعاقب بالمعاصى ممن شاء الله أن يعاقبه الا أن الايمان سيعود عليه بعد ذلك بالجنة يدل على ذلك ان من سمع ذلك من المسلمين أتوا بما عندهم من الغلول مخافة أن يصيبهم مثل ذلك ولو فهموا منه ان ذلك يختص بأهل الكفر لما ردمؤمن ما عنده لانه لا يخاف ذلك مع وجود ايمانه ولما خاف المؤمنون وقال النبى صلى الله عليه وسلم لما ردوه من الشراك شراك أو شراكان من نار علم ان الايمان لا يمنع من ذلك وانما يمنع من ذلك تفضل الله تعالى بالعفو عن العاصى وانما الذى يمنع منه الايمان بفضل الله الخلود فى النار

(فصل) وقوله فجاء رجل بشراك أو شراكين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم شراك أو شراكان من نار يقتضى ان من غل مثل هذا فانه يعاقب بمثله من النار وقد يحتمل أن يكون الشراك والشراكان لهما القيمة ويكون ثمنه الدراهم فمثل هذا لا يحل أخذه

على رواية ابن وهب وابن نافع لانه ليس بطعام ويجوز أخذه على رواية ابن القاسم للحاجة اليه وعدم وجوده للشراء لانه يلزم رده عند الاستغناء عنه (مسئلة) فمن أخذ مثل هذا على مذهب ابن وهب على أي وجه كان أو على مذهب ابن القاسم غير محتاج ثم تاب فجاء تائبا به فانه يؤخذ منه ولا نكال عليه قال ابن حبيب وقاله ابن القاسم وذلك ان من تاب قبلت توبته وسقطت عنه العقوبة التي تمنع التعزير وانما تثبت الحدود والله أعلم (مسئلة) فان تفرق الجيش تصدق عنهم قاله مالك وقال الليث ان تفرق الجيش جعل خمسه في بيت المال وتصدق بما بقي

(مسئلة) وان ظهر عليه قبل أن ينفصل منه فانه يؤدب ويتصدق بمثله قاله مالك في كتاب ابن المواز وأنكر مالك أن يحرق رحله وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال الاوزاعي يحرق متاعه كله الا سلاحه وثيابه وبه قال أحمد واسحق والحديث الذي روى صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من غل فاحرقوا متاعه انفرد به صالح بن محمد وهو مدني تركه مالك وليس ممن يحتج بحديثه ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد أنه بلغه عن عبد الله بن عباس أنه قال ما ظهر الغلول في قوم قط الا ألقى في قلوبهم الرعب ولا فشا الزنا في قوم قط الا كثر فيهم الموت ولا نقص قوم المكيال والميزان الا قطع عنهم الرزق ولا حكم قوم بغير الحق الا فشا فيهم الدم ولا ختر قوم بالعهد الا سلط الله عليهم العدو ﴾ ش قوله ما ظهر الغلول في قوم قط الا ألقى في قلوبهم الرعب يحتمل أن يكون هذا مما بلغه من الكتب المتقدمة وصحح ذلك عنها التجربة ويحتمل أن يكون ذلك بتجربة قد جربها الناس قبله فصحح قولهم وما زعموا من ذلك ويحتمل أن يكون ذلك بتوقيف من النبي صلى الله عليه وسلم والاظهر أنه لو كان بتوقيف لبينه لأنه انما قصد الزجر والردع عن مثل هذا الفعل والزجر انما يكون عن مثل هذا بقول النبي صلى الله عليه وسلم فلو نقله عن النبي صلى الله عليه وسلم لكان ذكره عن النبي صلى الله عليه وسلم أبلغ في الزجر وأتم في الموعظة وأقرب من القبول وما ذكر من هذه العقوبات انها تكون عند ما ذكر من المعاصي يحتمل أن يكون ذلك اذا كثرت هذه المعاصي وأعلن بها ولم يكن منكر لها قال الله تعالى فلولا كان من القرون من قبلكم أولو بقية ينهون عن الفساد في الارض الا قليلا ممن أنجينا منهم وروى عنه صلى الله عليه وسلم

﴿ الشهداء في سبيل الله ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لوددت أني أقاتل في سبيل الله فأقتل ثم أحيا فأقتل ثم أحيا فأقتل فكان أبو هريرة يقول ثلاثا أشهد بالله ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لوددت أني أقاتل في سبيل الله فأقتل قسمه صلى الله عليه وسلم على معنى التحقيق والتأكيد لا على معنى استفادة التصديق لأنه قد علم صدقه من غير يمين فقال لوددت أني أقاتل في سبيل الله فأقتل بمعنى أن يجاهد في سبيل الله ويقاتل فيه دون أن يكون لحمية ولا لظهور مكافأة ولا لاستجلاب أمر من أمور الدنيا فيقتل في ذلك وكرر ذلك ثلاثا على المعروف من حاله أنه كان اذا ذكر القول كرره ثلاثا وقد تمنى النبي صلى الله عليه وسلم هذه الدرجة وتكرر القتل في سبيل الله وان كان قد عرف أنه لا يجوز ذلك وان أحد الا يحيا في الدنيا بعد موته لما في ذلك من تعظيم ثواب الشهادة واستسهال القتل وألم الجراح ثلاث مرات لما علم من تعظيم ثواب الشهيد وتمني الثواب والعمل الصالح جائز وان تمنى المكلف منه ما لا يطيقه ولا

* وحدثني عن مالك عن يحيي بن سعيد انه بلغه عن عبد الله بن عباس انه قال ما ظهر الغلول في قوم قط الا ألقى في قلوبهم الرعب ولا فشا الزنا في قوم قط الا كثر فيهم الموت ولا نقص قوم المكيال والميزان الا قطع عنهم الرزق ولا حكم قوم بغير الحق الا فشا فيهم الدم ولا ختر قوم بالعهد الا سلط الله عليهم العدو

﴿ الشهداء في سبيل الله ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لوددت اني أقاتل في سبيل الله فاقتل ثم أحيا فأقتل ثم أحيا فأقتل فكان أبو هريرة يقول ثلاثا أشهد بالله

سبيل له اليه لأنه تمنى خير وعمل صالح يقرب من الله ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يضحك الله الى رجلين يقتل أحدهما الاخر كلاهما يدخل الجنة يقاتل هذا في سبيل الله فيقتل ثم يتوب الله على القاتل فيقاتل فيستشهد ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم يضحك الله الى رجلين يريد والله أعلم أنه يفعل بهما و يتلقاهما من الثواب والانعام والاكرام بما يتلقى به الضاحك المسرور ولمن يقدم عليه من ذلك ويحتمل أن يريد به يضحك ملائكته وخزنة جنته أو حملة عرشه الى هذين الرجلين على معنى التبشير لهما والاعلام لهما بما يقدمان عليه من فضل الله تعالى و رحمته ونعمته

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الى رجلين يقتل أحدهما الآخر كلاهما يدخل الجنة وذلك أن مثل هذا غير معهود لأن قتل أحدهما الآخر على معنى المخالفة في الدين والشريعة يقتضي بمستقر الشرع أن يكون أحدهما وهو المحق من أهل الجنة وأن يكون الثاني وهو المبطل من أهل النار وهذه القصة على خلاف ذلك فانهما يدخلان الجنة ولعلهما يكونان من الذين قال الله تعالى ونزعنا ما في صدورهم من غل اخوانا على سرر متقابلين

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يقاتل هذا في سبيل الله فيقتل ثم يتوب الله على القاتل يحتمل أنه كان كافرا فيتوب من كفره بالايمان فيسقط عنه جميع ما فعله في حال كفره من قتل المسلم وغيره وقد قال الله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وقال تعالى انما التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة ثم يتوبون من قريب فأولئك يتوب الله عليهم وكان الله عليما حكيما فان كانت التوبة بالايمان تسقط القتل للمسلم وغيره فاذا قاتل بعد ذلك فاستشهد دخل الجنة مع الذي قتله ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لا يكلم أحد في سبيل الله والله أعلم بمن يكلم في سبيله الا جاء يوم القيامة وجرحه يثعب دما اللون لون دم والريح ريح مسك ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم لا يكلم أحد لا يجرح والكلوم الجراح ثم قال صلى الله عليه وسلم والله أعلم بمن يكلم في سبيله على معنى أن هذا الحكم ليس على الظاهر أن من كان يقاتل في حيز المسلمين أنه ممن يقاتل في سبيله ويكلم في سبيله لأنه قد يكون في حيز المسلمين ويقاتل حمية ويقاتل ليرى مكانه ويقاتل للغنم ولا يكون لأحد من هؤلاء هذه الفضيلة حتى يقاتل في سبيل الله لتكون كلمة الله هي العليا فتكلم على هذا الوجه فحينئذ يكون ممن يجيء يوم القيامة وجرحه يثعب دما يريد والله أعلم أن لون ذلك الدم لون الدم وريحه ريح المسك وهذا دليل على فضيلته وعلو درجته وماله عند الله من الثواب الجزيل ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب كان يقول اللهم لا تجعل قتلي بيد رجل صلى لك سجدة واحدة يحاجني بها عندك يوم القيامة ﴾ ش في سماع ابن القاسم سئل مالك عن قول عمر هذا فقال يريد بذلك انه ليس لغير أهل الاسلام حجة عند الله * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي أن يكون عمر بن الخطاب رضي الله عنه علم انه يقتل اما بخبر النبي صلى الله عليه وسلم فكان يقول ذلك في صحته واما أن يكون انما علم ذلك بعد أن جرح وعلم انه يموت من جرحه ذلك فكرر قوله ذلك حنقا على من قتله واشفاقا من أن يكون من الموحدين الذين سجدوا لله سجدة فيكون لهم بها حجة تمنع من خلودهم في النار ويحتمل أن يقولها اشفاقا على المؤمنين أن يصيبه مؤمن فيعذب بقتله لعمر رضي الله عنه ويحاج عمر في الموقف بانه مؤمن سجد لله تعالى فتكون حجته بالايمان تمنع عمر من الحرص على تعذيبه بالنار وان كان قد تولى قتله وأذاه بألم

* وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يضحك الله الى رجلين يقتل أحدهما الآخر كلاهما يدخل الجنة يقاتل هذا في سبيل الله فيقتل ثم يتوب الله على القاتل فيقاتل فيستشهد * وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لا يكلم أحد في سبيل الله والله أعلم بمن يكلم في سبيله الا جاء يوم القيامة وجرحه يثعب دما اللون لون دم والريح ريح مسك * وحدثني عن مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب كان يقول اللهم لا تجعل قتلي بيد رجل صلى لك سجدة واحدة يحاجني بها عندك يوم القيامة

الجراح التي أدته الى الموت ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه أنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان قتلت في سبيل الله صابرا محتسبا مقبلا غير مدبر أيكفر الله عني خطاياي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فلما أدبر الرجل ناداه رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر به فنودي له فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف قلت فأعاد عليه قوله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم نعم الا الدين كذلك قال لي جبريل ﴾ ش قوله للنبي صلى الله عليه وسلم ان قتلت صابرا محتسبا يريد صابرا على ألم الجرح وكراهية الموت ومحتسبا لذلك عند الله تعالى ومقبلا على الموت وقتال العدو وغير مدبر يريد غير فار ولا متحرف وذلك أعظم للاجر أيكون ذلك كله مما يكفر الله به عني ما اكتسبت من الخطايا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم يريد ان القتال على هذا الوجه يكفر خطاياه

(فصل) وقوله فلما أدبر الرجل يريد ولى عنه راجعا ومستوعبا لجوابه عما سأل عنه ناداه رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر به فنودي له على وجه الشك من الراوي فسأله عما قال أن يعيده عليه مبالغة في تفهم سؤال السائل وتحقيقا لسؤاله وذلك انه لما استوعب كلامه أولا ثم جاوبه عنه يحتمل أن يكون ذكر بعد ذلك من سؤاله لفظا لم يجاوب عنه فأراد أن يتحقق ذلك اذ أمره باعادة السؤال ويحتمل أن يكون ذكر ذلك اللفظ كله غير انه بان له بعد ان جاوبه أن سؤاله يحتمل وجها غير ما حمله عليه من المعنى وان كان المعنى الذي حمله سائغ فيه والأظهر منه فأمره باعادة السؤال ليتحقق احتماله لما اعتقد احتماله له وذلك بان يزيد في سؤاله اذا أعاده شيأ يؤكد عنده ما ظهر اليه من احتماله أو ينفيه عنه وقوله فلما أعاد عليه سؤاله يحتمل أن يريد انه أعاده عليه مثله مطابقا لمعناه ويحتمل أن يكون أعاد عليه السؤال وان كان قد زاد أو نقص غير ان الأول أظهر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الا الدين كذلك قال لي جبريل يريد الا الدين فانه من الخطايا التي لا يكفرها القتل في سبيل الله وقد قال بعض العلماء انما ذلك لانها من حقوق الآدميين وحقوق الآدميين لاتكفرها الحسنات وهذا وجه محتمل وقد كان في أول الاسلام يمتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة على من مات وعليه دين لم يترك له قضاء وظاهر ذلك انه لئلا يتسرع الناس في أكل أموال الناس بغير حاجة ولا رفق في انفاق ثم يموت من مات منهم على ذلك ولا يترك له قضاء فيذهب بأموال الناس بغير حاجة ولا رفق في انفاق ثم لما فتح الله عليه صلى الله عليه وسلم قال أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو دينا أو ضياعا فعلي والي أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قال لهذا السائل الا الدين اذ كان يمتنع من الصلاة على من ترك دينا لا أداء له فيكون على عمومه ويحتمل أن يكون قاله بعد ذلك ويكون معنى قوله الا الدين لمن أخذه يريد اتلاف أموال الناس ويأخذه من غير وجهه وينفقه في سرف أو معصية فهذا حكمه باق في المنع وما ثبت ان أحدا من الأئمة قضى دين من مات وعليه دين من بيت مال المسلمين بعد النبي صلى الله عليه وسلم فيحتمل أن يكون هذا الحكم اختص بالنبي صلى الله عليه وسلم بين ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم وهذا لا يكون لأحد بعده

(فصل) اذا ثبت ذلك فان قوله صلى الله عليه وسلم للسائل الا الدين فاستثنى الدين بعد ان قال نعم ولم يستثن شيأ يحتمل وجوها أن يكون سؤاله أولا اقتضى الجواب على العموم دون الاستثناء وسؤاله آخرا اقتضى الاستثناء ويحتمل أن يكون السؤال واحدا غير انه جاوب أولا بلفظ عام أو أمر أن

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد ابن أبي سعيد المقبري عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان قتلت في سبيل الله صابرا محتسبا مقبلا غير مدبر أيكفر الله عني خطاياي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فلما أدبر الرجل ناداه رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر به فنودي له فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف قلت فأعاد عليه قوله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم نعم الا الدين كذلك قال لي جبريل

يجاوب به ليكون للمجتهد حمله على عمومه أو تخصيصه بالدليل ثم أعلمه جبريل صلى الله عليه وسلم انه يجب أن يعجل تخصيصه بالنص عليه لئلا يفوت الحكم فيه بان يكون السائل انما سأل ليستبيح الأخذ بالدين ولا ينظر في القضاء فان قتل في سبيل الله كان ذلك يكفر عنه ما اكتسبه من أخذه دينا لم ينو قضاءه فيتعجل عند خروجه ويأخذ الدين فأمره جبريل عليه السلام بان يعلمه بان الدين ليس مما يكفره القتل في سبيل الله ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد اعتقد حمل ذلك على العموم اما لاجتهاده أو للفظ عام ورد عليه في ذلك فأوحى اليه على لسان جبريل عليه السلام بتخصيص الدين والله أعلم ص * مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لشهداء أحد هؤلاء أشهد عليهم فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه ألسنا يا رسول الله اخوانهم أسلمنا كما أسلموا وجاهدنا كما جاهدوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بلى ولكن لا أدري ما تحدثون بعدي فبكى أبو بكر ثم بكى ثم قال أئنا لكائنون بعدك * ش قوله صلى الله عليه وسلم لشهداء أحد هؤلاء أشهد عليهم يحتمل أمرين أحدهما أن يشهد على ظاهر أمورهم من الايمان وإقام العبادات والجهاد في سبيل الله تعالى واستدامة ذلك الى ان قتلوا في مجاهدة عدوهم وان غيرهم ممن بقي بعده لا يشهد على استدامتهم لذلك الى موتهم لانه لا يعلم بما يحدثون بعده ويحتمل أيضا أن يكون شهد على ظاهرهم بما رآه وعلى باطنهم بما أعلم به وأوحى اليه لانه لو كان فيمن قتل منهم منافق لم ينتفع بهذه الشهادة ولم ينجه من النار قتاله بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم كما لم ينتفع بذلك قزمان حيث أعلم النبي صلى الله عليه وسلم بباطنه وانه من أهل النار مع غنائه وانتفاع المسلمين بجهاده واجتهاده لان ذلك لا ينفع الا مع الايمان والنية السالمة أن يكون جهاده لتكون كلمة الله هي العليا فعلى هذا لم يشهد لمن يبقى بعده لانه لا يعلم باستدامتهم للظاهر الصالح ولم يطلع عند موتهم على انهم ختموا أعمالهم بما يرضي الله تعالى وقوله لم يبلغنا أنه قال ذلك لمن قتل في غير أحد ولا قاله لمن مات في زمنه غير مقتول فلو كان هذا الحكم يثبت لمن استصحب لظاهر العمل الصالح الى ان مات في حياة النبي صلى الله عليه وسلم لقال من مات في حياتي فأنا أشهد لهم ولم يخص بذلك أهل أحد فقال هؤلاء أنا أشهد عليهم فدل تخصيصهم على انهم قد اختصوا بأمر وظاهره يحتمل انه أوحي اليه بباطنهم ويتقبل الله تعالى لعملهم والله أعلم

(فصل) وقول أبي بكر رضي الله عنه ألسنا يا رسول الله باخوانهم أسلمنا كما أسلموا وجاهدنا كما جاهدوا على وجه الاشفاق لما رأى من تخصيصهم بحكم كان يرجو أن يكون حظه منه وافرا وان يكون حظ جميع من شركه فيه من الصحابة ثابتا فقال ان عملنا كعملهم في الايمان الذي هو الأصل والجهاد الذي هو آخر عملهم فهل تكون شهيدا لنا كما أنت شهيد لهم فقال صلى الله عليه وسلم بلى ولكن لا أدري بما تحدثون بعدي قال قوم ان الخطاب وان كان متوجها الى أبي بكر فان المراد به غيره ممن لم يعلم صلى الله عليه وسلم بمآل حاله وعمله وما يموت عليه وأما أبو بكر رضي الله عنه فقد أعلم انه من أهل الجنة والنبي صلى الله عليه وسلم شهيد له بذلك لظاهر عمله الصالح ولما قد أوحي اليه واعلم من رضوان الله تعالى عنه ولكنه لما سأل أبو بكر واعترض بلفظ عام ولم يخص نفسه بالسؤال عن حاله كان الجواب عاما وقد بين تخصيصه بأنه ليس ممن يحدث بعد النبي صلى الله عليه وسلم شيأ مما يحبط عمله بما تقدم وتأخر عن هذا الحال من تفضيل النبي صلى الله عليه وسلم له واخباره بما له عند الله من الخير وجزيل الثواب وكريم المآب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندي وجها آخر

* وحدثني عن مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله انه بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لشهداء أحد هؤلاء أشهد عليهم فقال أبو بكر الصديق ألسنا يا رسول الله اخوانهم اسلمنا كما أسلموا وجاهدنا كما جاهدوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بلى ولكن لا أدري ما تحدثون بعدي فبكى أبو بكر ثم بكى ثم قال أئنا لكائنون بعدك

وهو أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قال هؤلاء أنا شهيد عليهم بما شاهدت من عملهم في الجهاد الذي أدى إلى قتلهم في سبيل الله ولذلك لم يقل انه شهيد لمن حضر ذلك اليوم وقاتل وسلم من القتل كعلي وطلحة وأبي طلحة وغيرهم ممن أبلى ذلك اليوم ومن هو أفضل من كثير ممن قتل ذلك اليوم لكنه خص هذا الحكم بمن شاهد النبي صلى الله عليه وسلم جهاده الى ان قتل ويكون على هذا معنى قوله لأبي بكر رضي الله عنه بلى ولكن لا أدري ما تحدثون بعدي لم يرد به الحدث المضاد للشريعة وانما أراد به جميع الأعمال الموافقة للشريعة والمخالفة لها فيكون معنى ذلك ان ما تعملونه بعدي لا أشاهده فلا أشهد لكم به وان علمت ان منكم من يموت على ما يرضي الله من الأعمال الصالحة الا انها لم تعين لي فيقال لي انه يجاهد في موطن كذا وان الواحد منكم يقتل زيدا أو يقتله عمرو وكما شاهدت من حال هؤلاء فلذلك لا أكون شهيدا لكم بنفس الأعمال وتفصيلها كما أشهد على تفصيل عمل هؤلاء وان شهدت لبعضكم بجملة العمل بالوحي واعلام الله فعلى هذا يكون قوله ولكن لا أدري ما تحدثون بعدي متوجها الى جميع الصحابة من أبي بكر وغيره

(فصل) وقوله فبكى أبو بكر ثم بكى ثم قال أئنا لكائنون بعدك يريد انه أطال البكاء وكرره وأظهر معنى بكائه بقوله أئنا لكائنون بعدك كأنه للاشفاق من البقاء بعد النبي صلى الله عليه وسلم والانفراد دونه وفقد بركته ونعمة الله على أمته به وهذا يدل على انه قد فهم أبو بكر رضي الله عنه من قول النبي صلى الله عليه وسلم بلى ولكن لا أدري ما تحدثون بعدي انه لا يخاف أو يجوز أن يكون من أبي بكر حدث يضاد الشريعة ويخالف به من أجله عن سبيل النبي صلى الله عليه وسلم لان بكاءه لذلك كان أولى له وكان حكمه على ذلك بان يقول أئنا لمحدثون بعدك حدثا يصد عن سبيلك ونخالف به طريقتك ولما لم يقل ذلك ولا بكى من أجله وانما بكى من أجل فراقه النبي صلى الله عليه وسلم وبقائه بعده علمنا انه فهم منه ما قدمناه ذكره والله أعلم ص ✽ مالك عن يحيى بن سعيد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم جالسا وقبر يحفر بالمدينة فاطلع رجل في القبر فقال بئس مضجع المؤمن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بئس ما قلت فقال الرجل اني لم أرد هذا يا رسول الله انما أردت القتل في سبيل الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مثل للقتل في سبيل الله ما على الأرض بقعة من الأرض أحب الي أن يكون قبري بها منها ثلاث مرات يعني المدينة ✽ ش قوله كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالسا وقبر يحفر بالمدينة يحتمل أن يكون قصد ذلك لمواصلة من كان القبر يحفر بسببه أو لفضل المقبور فيه ودينه وقرب محله من النبي صلى الله عليه وسلم أو للاتعاظ به ويحتمل أن يكون جلس لغير ذلك فصادف حفر القبر وقول المطلع في القبر بئس مضجع المؤمن ويحتمل ظاهر اللفظ أن يريد بذلك المكان وقد يتأوله على ذلك من يسمعه منه فلو أقره النبي صلى الله عليه وسلم لاعتقد بعض السامعين له ان النبي صلى الله عليه وسلم قد أقره على قوله ان المدينة بئس مضجع المؤمن

(فصل) وقول النبي صلى الله عليه وسلم له بئس ما قلت يحتمل اما انه قد أراد عيب القبر وتفضيل الشهادة لكن اللفظ لما كان فيه من الاحتمال ما ذكرناه أنكر عليه اللفظ دون المعنى ويحتمل أن يكون على هذا الوجه أنكر عليه اللفظ والمعنى لانه لا يجوز أيضا أن يقول في القبر بئس مضجع المؤمن لانه له روضة من رياض الجنة وسبب الى الرحمة والدرجة الرفيعة وانما يجب أن يقول ان الشهادة أفضل من هذا واذا كان الأمران فاضلين وأحدهما أفضل من الآخر وجب أن يقال هذا أفضل من هذا ولا يجوز أن يقال في المفضول بئس هذا الأمر وأما المعنى الثاني فان يكون النبي صلى

✽ وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالسا وقبر يحفر بالمدينة فاطلع رجل في القبر فقال بئس مضجع المؤمن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بئس ما قلت فقال الرجل اني لم أرد هذا يا رسول الله انما أردت القتل في سبيل الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مثل للقتل في سبيل الله ما على الارض بقعة هي أحب الي أن يكون قبري بها منها ثلاث مرات يعني المدينة

الله عليه وسلم اعتقد انه أراد بذلك ذم الدفن بالمدينة ولذلك لم ينكر على القائل اذ قال لم أرد هذا يارسول الله وانما أردت القتل فى سبيل الله ولو كان فهم منه هذا لكان الأظهر أن يقول له قد فهمت مرادك ولكن هو مع ذلك خطأ فانك قد جئت بلفظ مشترك أوعبت المفضول مع فضله

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا مثل للقتل فى سبيل الله يقتضى تفضيله وظاهر هذا يقتضى تفضيله على سائر الأحوال وانه لا مثل له من أحوال الحياة والموت ويحتمل أن يريد به لا مثل له من أحوال الميتات وصفات الموت لانه سبب القول فيجوز أن يحمل عليه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ما على الأرض بقعة من الأرض أحب الى من أن يكون قبرى بها منها ظاهره تفضيل المدينة على ماسواها من الأرض ولذلك أحب أن يكون قبره بها وهذا يقتضى انه أحب أن يكون قبره بها دون مكة وقد قيل ان ذلك لمعنى الهجرة * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وليس عندى بالبين لانه لو كان كذلك لم يعلق الحكم بالبقعة ولعلقه بالهجرة والله أعلم وهذا فى حال الاخبار وليس فيه دليل على انه فضل أن يكون قبره بالمدينة على القتل فى سبيل الله على صفة لا يقبر فيها وانما قال ذلك ثلاث مرات لما علم من حاله انه كان اذا قال قولا كرره ثلاثا لعله أن يريد بذلك الافهام والبيان والله أعلم

﴿ ماتكون فيه الشهادة ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم ان عمر بن الخطاب كان يقول اللهم انى أسألك شهادة فى سبيلك ووفاة ببلد رسولك ﴾ ش قوله رضى الله عنه اللهم انى أسألك شهادة فى سبيلك ووفاة ببلد رسولك دعاء منه رضى الله عنه بأن يجمع له بين الشهادة والوفاة ببلد النبى صلى الله عليه وسلم ليكون قبره بها وهذا يقتضى تفضيله للمدينة على سائر بقع مكة وغيرها ولو كانت مكة عنده أفضل لتمنى أن يقتل بها مسافرا أو حاجا ولا يكون ذلك نقضا لهجرته وقد علم من رأى عمر رضى الله عنه تفضيل المدينة وقد أجمع المسلمون على ان هذا الدعاء مستجاب وانه رضى الله عنه شهيد وهذا يقتضى ان من قتل على هذا الوجه وان لم يقتل فى حرب ولا مدافعة فانه شهيد والله أعلم ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد ان عمر بن الخطاب قال كرم المؤمن تقواه ودينه حسبه ومروءته خلقه والجرأة والجبن غرائز يضعها الله حيث شاء فالجبان يفر عن أبيه وأمه والجرىء يقاتل عما لا يؤوب به الى رحله والقتل حتف من الحتوف والشهيد من احتسب نفسه على الله جل وعز ﴾ ش قوله رضى الله عنه كرم المؤمن تقواه يحتمل أن يكون من قوله تعالى ان أكرمكم عند الله أتقاكم يريد ان كرمه فى نفسه وفضله تقواه الله تعالى وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال الكريم ابن الكريم ابن الكريم ابن الكريم يوسف ابن يعقوب بن اسحق بن ابراهيم فوصف كل واحد منهم بالكرم لما كانوا عليه من التقوى وقوله رضى الله عنه ودينه حسبه يريد ان انتسابه الى الدين هو الشرف والحسب الذى يخصه وأما انتسابه الى أب كافر على وجه الفخر به فهو ممنوع وانتسابه الى أب صالح على انه له بذلك فضل لا بأس به غير ان انتسابه الى دينه الذى يخصه أتم فى الشرف والحسب وقوله رضى الله عنه ومروءته خلقه يريد ان المروءة التى يحمل عليها الناس و يوصفون بأنهم من ذوى المروآت انما هى معان مختصة بالاخلاق من الصبر والحلم والجود والمواساة والايثار

(فصل) وقوله رضى الله عنه والجرأة والجبن غرائز يضعها الله حيث شاء يريد انها طبائع يطبع

﴿ ماتكون فيه الشهادة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب كان يقول اللهم انى أسألك شهادة فى سبيلك ووفاة ببلد رسولك

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أن عمر بن الخطاب قال كرم المؤمن تقواه ودينه حسبه ومروءته خلقه والجرأة والجبن غرائز يضعها الله حيث شاء فالجبان يفر عن أبيه وأمه والجرىء يقاتل عما لا يؤوب به الى رحله والقتل حتف من الحتوف والشهيد من احتسب نفسه على الله جل وعز

الله تعالى عليها من شاء ويضعها من الناس فمن شاء لا تختص بشريف ولا وضيع ولا مؤمن ولا كافر ولا بر ولا فاجر فقد توجد فى كل صنف من هذه الأصناف

(فصل) وقوله رضى الله عنه فالجبان يفر عن أبيه وأمه والجرىء يقاتل عمن لا يؤوب الى رحله على معنى التفسير لمعنى الجرىء والجبان وان ذلك انما هو بالطبع الذى طبع عليه لا با كتساب ولا بتعلم ولذلك يفر الجبان عن أبيه وأمه مع محبته لهما وحرصه على حياتهما ويقاتل الجرىء على من لا يؤوب الى رحله مع انه لا يلزمه أمره ولا يكاد يشفق عليه

(فصل) وقوله رضى الله عنه والقتل حتف من الحتوف يريد انه نوع من الموت كالموت من المرض والموت بالغرق والموت بالهدم فهو نوع من أنواع الموت فيجب أن لا يرتاع منه فان الموت لا بد منه وهو كله فظيع فهذا نوع منه فلا يجب أن يهاب هيبة تورث الجبن ثم قال والشهيد من احتسب نفسه يريد من رضى بالقتل فى طاعة الله رجاء ثواب الله تعالى

﴿ العمل فى غسل الشهداء ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب غسل وكفن وصلى عليه وكان شهيدا يرحمه الله * مالك انه بلغه عن أهل العلم انهم كانوا يقولون الشهداء فى سبيل الله لا يغسلون ولا يصلى على جنائزهم وانهم يدفنون فى الثياب التى قتلوا فيها * قال مالك وتلك السنة فيمن قتل فى المعترك فلم يدرك حتى مات قال وأما من حمل منهم فعاش ما شاء الله بعد ذلك فانه يغسل ويصلى عليه كما عمل بعمر بن الخطاب ﴾ ش قوله غسل وكفن يريد غسل الميت المشروع وقد تقدم فى كتاب الجنائز من الاستيفاء والمنتقى ان الشهادة فضيلة تسقط فرض غسل الميت واستئناف كفنه وتسقط فرض الصلاة عليه وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يغسل ولكنه يصلى عليه وقال سعيد بن المسيب والحسن البصرى يغسل ويصلى عليه والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما روى عن جابر بن عبد الله قال كان النبى صلى الله عليه وسلم يجمع بين الرجلين من قتلى أحد فى ثوب واحد ثم يقول أيهم أكثر أخذا للقرآن فاذا أشير له الى أحدهما قدمه فى اللحد وقال أنا شهيد على هؤلاء يوم القيامة وأمر بدفنهم بدمائهم ولم يغسلوا ولم يصل عليهم ودليلنا من جهة المعنى ان هذا معنى يسقط فرض غسله فوجب أن يسقط فرض الصلاة عليه أصل ذلك الخوف (مسئلة) وهذا لمن خرج مجاهدا فى سبيل الله لا يختلف المذهب فى ذلك وأما من غزاه العدو فى قعر داره فدفع عن نفسه فقتل فقد قال ابن القاسم يغسل ويصلى عليه وقال ابن وهب وأشهب لا يغسل ولا يصلى عليه وهذا اذا دفع عن نفسه فأما اذا لم يدفع وقتله العدو من غير مدافعة مثل أن يغلبوا عليه فى منزله أو يقتل نائما أو يقتل بعد الأسر فقد قال أشهب يغسل ويصلى عليه وقال سحنون وأصبغ لا يغسل ولا يصلى عليه وهذه كانت حال عمر رضى الله عنه فانه فى حال غفلة لا فى قتال ولا فى مدافعة وقد غسل وصلى عليه بحضرة الصحابة ولم ينكر ذلك أحد فثبت انه اجماع (فرع) وهذا اذا مات المقتول من هؤلاء فى موضع القتل فأما من رفع من المعترك ثم مات بعد ذلك فالمشهور من قول ابن القاسم انه من لم يبق فيه الا ما يكون منه فى غمرة الموت فانه بمنزلة من مات فى المعترك ومن أكل بعد ذلك وشرب فهو كسائر الموتى يغسل ويصلى عليه وقال سحنون ان كل من به جرح لا يقتل قاتله الا بقسامة فيغسل ويصلى عليه وان كان به جرح يقتل قاتله من غير قسامة فانه لا يغسل ولا يصلى عليه

﴿ العمل فى غسل الشهداء ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب غسل وكفن وصلى عليه وكان شهيدا يرحمه الله * وحدثنى عن مالك أنه بلغه عن أهل العلم انهم كانوا يقولون الشهداء فى سبيل الله لا يغسلون ولا يصلى على جنائزهم وأنهم يدفنون فى الثياب التى قتلوا فيها قال مالك وتلك السنة فيمن قتل فى المعترك فلم يدرك حتى مات قال وأما من حمل منهم فعاش ما شاء الله بعد ذلك فانه يغسل ويصلى عليه كما عمل بعمر بن الخطاب

وعمر رضي الله عنه كان قد أنفذت مقاتله فعلى قول سحنون هو بمنزلة من قتل في المعترك وكان يجب على أصله أن لا يغسل ولا يصلى عليه ويجب على مذهب ابن القاسم أن يغسل ويصلى عليه لمعنيين أحدهما انه لم يقتل مدافعا والثاني انه عاش بعد ذلك وتكلم وشرب وليست هذه شهادة تسقط فرض الغسل والصلاة فان الشهداء كثير ويصلى عليهم أي على جميعهم ويغسلون إلا من ذكرناه

﴿ ما يكره من الشيء يجعل في سبيل الله ﴾

هكذا قال يحيى بن يحيى في هذه الترجمة وتابعه في ذلك جماعة من أهل الموطأ ويحتمل أن يريد به انه يكره الشيء الذي جعل في سبيل الله أن يستعمل في غيره ويحتمل أن يريد به أنه يكره أن يؤخذ على وجه التحيل وعلى غير الوجه الذي يبيحه عليه من جعله مثل ما فعل الرجل الذي قال لعمر احملني وسحيما وقال ابن بكير في هذه الترجمة باب ما يكره من الرجعة في الشيء يحمل عليه في سبيل الله وتابعه عليه القعنبي وذكر حديث الفرس الذي حمل عليه عمر رضي الله عنه في سبيل الله ثم أراد أن يبتاعه بمن ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد أن عمر بن الخطاب كان يحمل في العام الواحد على أربعين ألف بعير يحمل الرجل الى الشام على بعير ويحمل الرجلين الى العراق على بعير فجاءه رجل من أهل العراق فقال احملني وسحيما فقال له عمر بن الخطاب أنشدتك الله أسحيم زق قال له نعم ﴾ ش قوله أن عمر بن الخطاب كان يحمل في العام الواحد على أربعين ألف بعير لكثرة من كان يحمله ممن يريد السفر فلا يقدر على راحلة يركبها ويعجز عن السفر مع حاجته اليه اما لكونه من أهل الآفاق فيعجز عن الرجوع الى افقه ووطنه وأهله وولده أو لغير ذلك من الوجوه التي لا يحصى عددها كثرة مما يضطر الانسان الى السفر من أجلها فكان يحمل من كانت هذه حاله من أهل الحاجة ولعله أن يكون كان يحمل من يسعى في أمور المسلمين ممن يتعذر عليه راحلة لسفره ذلك فكان عمر بن الخطاب يتخذ من الابل ما يحمل عليه من مال الله تعالى ويحمى لها الحمى

(فصل) وقوله يحمل الرجل الى الشام على بعير ويحمل الرجلين الى العراق على بعير قال الداودي انما ذلك ليسر أهل العراق وقال غيره انما كان ذلك لكثرة العدو بالشام وحاجة الناس الى الغزو في تلك الجهة للجهاد * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ويحتمل عندي أن يكون فعل ذلك لان طريق العراق كانت أسهل وأعمر وكان طريق الشام من المدينة أوعر وأشق وأخلى من الناس فكان من انقطع به فيها يتعذر عليه موضع مقام أو من يعين على بلاغ

(فصل) وقول العراقي له احملني وسحيما على وجه التورية والتحيل ليريه ان له رفيقا يسمى سحيما فيدفع اليه البعير فيأخذه العراقي وينفرد بركوبه وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه ألمعيا يصيب بظنه فلا يكاد يخطئه فسبق الى ظنه أن سحيما الذي ذكره هو الزق فناشده الله ليخبره بالحق فيعلم عمر صدق ظنه فقال له الرجل نعم وقد روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال قد كان فيمن مضى قبلكم من الأمم محدثون فان كان في أمتي منهم فانه عمر بن الخطاب يريد صلى الله عليه وسلم والله أعلم من يلقى في روعه الشيء ويلهم اليه حتى كأنه يخبر به فلا يخطئ ظنه

﴿ ما يكره من الشيء يجعل في سبيل الله ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد أن عمر ابن الخطاب كان يحمل في العام الواحد على أربعين ألف بعير يحمل الرجل الى الشام على بعير ويحمل الرجلين الى العراق على بعير فجاءه رجل من أهل العراق فقال احملني وسحيما فقال له عمر بن الخطاب نشدتك الله أسحيم زق قال له نعم

حدثني يحيى عن مالك عن اسحق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن مالك قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ذهب الى قباء يدخل على أم حرام بنت ملحان فتطعمه وكانت أم حرام تحت عبادة بن الصامت فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم يوما فاطعمته وجلست تفلي في رأسه فنام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوما ثم استيقظ وهو يضحك قالت فقلت ما يضحكك يارسول الله قال ناس من أمتي عرضوا علي غزاة في سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر ملوكا على الاسرة أو مثل الملوك على الاسرة يشك اسحاق قالت فقلت له يارسول الله ادع الله أن يجعلني منهم فدعا لها ثم وضع رأسه فنام ثم استيقظ يضحك قالت فقلت له يا رسول الله ما يضحكك قال ناس من أمتي عرضوا علي غزاة في سبيل الله ملوكا على الاسرة أو مثل الملوك على الاسرة كما قال في الاولى قالت فقلت يا رسول الله ادع الله أن يجعلني منهم فقال أنت من الأولين قال فركبت البحر في زمان معاوية فصرعت عن دابتها حين خرجت من البحر فهلكت

﴿ الترغيب في الجهاد ﴾

ص ﴿ مالك عن اسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن مالك قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ذهب الى قباء يدخل على أم حرام بنت ملحان فتطعمه وكانت أم حرام تحت عبادة بن الصامت فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم يوما فأطعمته وجلست تفلي في رأسه فنام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوما ثم استيقظ وهو يضحك قالت فقلت ما يضحكك يارسول الله قال ناس من أمتي عرضوا علي غزاة في سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر ملوكا على الأسرة أو مثل الملوك على الأسرة يشك اسحاق قالت فقلت له يارسول الله أدع الله أن يجعلني منهم فدعا لها ثم وضع رأسه فنام ثم استيقظ يضحك قالت فقلت له يارسول الله ما يضحكك قال ناس من أمتي عرضوا علي غزاة في سبيل الله ملوكا على الأسرة أو مثل الملوك على الأسرة كما قال في الاولى قالت فقلت يارسول الله ادع الله أن يجعلني منهم فقال أنت من الأولين قال فركبت البحر في زمن معاوية بن أبي سفيان فصرعت عن دابتها حين خرجت من البحر فهلكت ﴾ ش قال ابن وهب أم حرام كانت خالة النبي صلى الله عليه وسلم من الرضاعة فلذلك كان يقيل عندها وينام في حجرها وتفلي رأسه

(فصل) وقوله فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطعمته وجلست تفلي رأسه على ما يفعله ذوو المحارم ممن يزوره من ذي رحمه ومن يكرم عليه ويريد المبالغة في مواصلته من اطعامه مما عنده ثم اتباع ذلك باماطة الأذى عنه وادخال الراحة عليه وان أدى ذلك الى مباشرة شعره وبعض جسده ويحتمل أن يكون ما أطعمته من مالها يسيرا من كثير فلذلك استجاز أكله ويحتمل أن يكون ما أطعمته من مال زوجها عبادة بن الصامت وجاز له أكله لما علم من حال عبادة بن الصامت أنه يسر بذلك وقد يجوز للانسان يمر بموضع فيه تمر أو طعام لصديق مخاص له يعلم انه يسر بما يأكل منه بحضرته ومغيبه ان يأكل منه

(فصل) وقوله فنام رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم استيقظ وهو يضحك وظاهر ذلك ان ضحكه انما كان من شيء رآه في نومه أو تذكره عند يقظته فسألته أم حرام عن ذلك وقالت ما يضحكك يارسول الله وعلمت أن ضحكه وسروره لا يكون الا من أمر فيه خير لامته صلى الله عليه وسلم فقال ناس من أمتي عرضوا علي يريد في منامه غزاة في سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر يريد والله أعلم ظهره ملوكا على الاسرة أو مثل الملوك يشك الراوي أيهما قال يحتمل وجهين أحدهما ان يريد ان حالهم في الدنيا حين ركوبهم ثبج البحر حال الملوك على الاسرة في صلاح أحوالهم وسعة دنياهم وقوتهم على العدو وكثرة عددهم وسلاحهم واسرتهم وغير ذلك مما يحتاجون اليه في غزوهم وانهم ليسوا بحال ضيق ولا اقلال وانه مع ذلك يسر ويضحك من حالهم وهذا يدل على انها حال صلاح في الدنيا مضافة الى صلاح في الدين ولولا ذلك لما سر بها صلى الله عليه وسلم والوجه الثاني انه يريد انهم عرضوا عليه غزاة في سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر وانهم مع ذلك عرضوا عليه أو اعلم بحالهم في الجنة ملوكا على الأسرة كقوله تعالى في أهل الجنة على الأرائك متكئون والأول أظهر

(فصل) وقولها فقلت يارسول الله ادع الله أن يجعلني منهم يؤكد ما تقدم من انها سألت وتشفعت بالنبي صلى الله عليه وسلم أن يجعلها الله منهم لما فهمت من ان سعيهم مقبول وعملهم مبرور وجهادهم مشكور فان حالهم في الآخرة حال رضا ورضوان فدعا لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اشفاقا لمن

سأله الدعاء من أمته لاسيما بما يعود الى صلاح الدين ويتضمن هذا جواز ركوب البحر للغزو والجهاد
*قال القاضى أبو الوليد والحج عندى يجب أن يكون مثله

(فصل) وقوله وضع رأسه فنام ثم استيقظ يضحك الى قوله ناس من أمتى عرضوا على غزاة فى سبيل الله ملوكا على الأسرة لم يذكر فى هذا الحديث جواز ركوب البحر ويحتمل أن يكون غزو هؤلاء فى غير البحر فقالت أم حرام ادع الله أن يجعلنى منهم حرصا على أن تنال أجر الغزوين ويكون لها فضيلة الطائفتين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت من الأولين اعلاما لها بانها لا تشهد غزوة الطائفة الثانية ولم يبين لها ان ذلك لموت يتعجل ويمنع من لحاق الطائفة الثانية أو لمانع يمنع من حضور ذلك مع بقاء حياتها ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم أوحى اليه واعلم بذلك كله غيرانه أظهر اليها من ذلك ما أظهر ولم يظهر لها انها تموت قبل غزوة الطائفة الثانية ويحتمل أن يكون لم يوح اليه بأكثر مما أظهر اليها والله أعلم

(فصل) وقوله فركبت البحر فى زمن معاوية بن أبى سفيان أهل السير يقولون ان غزوة معاوية هذه كانت فى زمن عثمان بن عفان قال خليفة بن خياط عن ابن الكلبى ان هذه الغزوة لمعاوية كانت سنة ثمان وعشرين وقال الزبير بن بكار ركب معاوية البحر غازيا بالمسلمين فى خلافة عثمان الى قبرس ومعه أم حرام زوجة عبادة بن الصامت فركبت بغلتها حين خرجت من السفينة فصرعت فماتت ورواية أهل السير لا يعتمد عليها أهل الحديث وظاهر قوله فى زمن معاوية يقتضى فى وقت امارته وخلافته وهو الأظهر ورواية أئمة الحديث أصح ولو صح ما يقوله أهل السير لجاز أن يريد بقوله فى زمن معاوية أى فى وقت ولايته على الشام وذلك كان فى زمن عمر الى آخر زمن عثمان وبعده وهذه فضيلة لمعاوية بن أبى سفيان اذ أخبر النبى صلى الله عليه وسلم بفضيلة قوم غزاة هو منهم حتى تمنت أم حرام أن تكون منهم وسألت الدعاء بذلك وأجابها اليه ودعا لها به

(فصل) وقوله فصرعت عن دابتها حين خرجت من البحر فهلكت فكان هذا تحقيقا لقول النبى صلى الله عليه وسلم انها من الأولين وتبيينا ان المانع لها أن تكون من الآخرين ان عمرها ينقضى قبل ذلك وهذا من أعلام نبوته الواضحة أن يعلم بالأشياء على وجهها قبل أن تكون ثم تكون على حسب ذلك لا تخرم عنه ويتكرر ذلك منه صلى الله عليه وسلم تكررا يوجد فى أكثر الأحوال وكل من يتعاطى تكهنا بتنجيم أو غيره فان الأغلب عليه الخطأ وان أصاب فى بعض الأشياء على ما يفعل الظان والمخمن والحازر والحمد لله رب العالمين ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن أبى صالح السمان عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لولا أن أشق على أمتى لأحببت أن لا أتخلف عن سرية تخرج فى سبيل الله تعالى ولكنى لا أجد ما أحملهم عليه ولا يجدون ما يتحملون عليه فيخرجون ويشق عليهم أن يتخلفوا بعدى فوددت أنى أقاتل فى سبيل الله فاقتل ثم أحيا فاقتل ثم أحيا فاقتل ﴾

ش قوله لولا أن أشق على أمتى لأحببت ان لا أتخلف عن سرية يقتضى اشفاقه على أمته والجرى الى الرفق بهم والاجتناب لما يشق عليهم وتركه كثيرا من عمل البر خوفا أن يتكلفوا منه ما لا يطيقون أو يشق عليهم القعود عن مثله عجزا عنه وعدم ما يتوصل اليه وذلك يدل على أن الجهاد ليس بفرض على الاعيان ولو تعين عليه فرض الجهاد لما جاز له أن يتخلف عنه لعجز غيره عنه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فوددت أنى أقاتل فى سبيل الله فأقتل تمن للشهادة واعمال البر وقوله صلى الله عليه وسلم ثم أحيا فأقتل تمن من الخير لما علم انه لا يكون لان الاحياء بعد الموت فى

وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن أبى صالح السمان عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لولا أن أشق على أمتى لأحببت أن لا أتخلف عن سرية تخرج فى سبيل الله ولكنى لا أجد ما أحملهم عليه ولا يجدون ما يحملون عليه فيخرجون ويشق عليهم أن يتخلفوا بعدى فوددت انى أقاتل فى سبيل الله فأقتل ثم أحيا فاقتل ثم أحيا فاقتل

* وحدثني عن مالك عن يحيي بن سعيد قال لما كان يوم أحد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يأتيني بخبر سعد بن الربيع الانصاري فقال رجل أنا يا رسول الله فذهب الرجل يطوف بين القتلى فقال له سعد ابن الربيع ماشأنك فقال له الرجل بعثني اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم لآتيه بخبرك قال فاذهب اليه فاقرأه مني السلام وأخبره أني قد طعنت ثنتي عشرة طعنة وأني قد أنفذت مقاتلي وأخبر قومك انه لاعذر لهم عند الله ان قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم و واحد منهم حي *وحدثني عن مالك عن يحيي بن سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رغب في الجهاد وذكر الجنة ورجل من الانصار يأكل تمرات في يده فقال اني لحريص على الدنيا ان جلست حتى أفرغ منهن فرمى مافي يده فحمل بسيفه فقاتل حتى قتل

الدنيا معلوم أنه لا يكون وقد تمنى صلى الله عليه وسلم اعلاما بدرجة الشهادة وتحريضا لامته عليها واعلاما لهم بما فيها ص * مالك عن يحيي بن سعيد قال لما كان يوم أحد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يأتيني بخبر سعد بن الربيع الأنصاري فقال رجل أنا يا رسول الله فذهب الرجل يطوف بين القتلى فقال له سعد بن الربيع ماشأنك فقال له الرجل بعثني اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم لآتيه بخبرك قال فاذهب اليه فاقرأه مني السلام واخبره اني قد طعنت ثنتي عشرة طعنة واني قد أنفذت مقاتلي واخبر قومك انه لاعذر لهم عند الله ان قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحد منهم حي * ش قوله صلى الله عليه وسلم من يأتيني بخبر سعد بن الربيع اهتبال منه صلى الله عليه وسلم بأصحابه و بحثه عن من فقد منهم بعد الموت ليعلم ما خبره وما الذي غيبه وان كان أصيب أو سلم فانتدب الرجل ليحرز طاعة النبي صلى الله عليه وسلم والمبادرة الى ما رغبه وان لم يعينه بالأمر وذهابه بين القتلى لطلب سعد بن الربيع لان الظاهر ان من فقد في ذلك الوقت وفي مثل تلك الحال انه قتل أو ثخن بالجراح فبادر الى طلبه حيث ظن أنه يجده وقول سعد بن الربيع له ماشأنك لعله قد توقع أن يكون أرسل للبحث عن خبره أو خبر غيره فيوصي معه بما أراد أن يوصي به الى قومه فأمره أن يقرئ النبي صلى الله عليه وسلم سلامه لما اعتقد انه لا يلقاه وأن يخبره بما جرى عليه من عدد الطعان وانفاذ المقاتل وفي ذلك اعلام بفوات لقائه ولعله قصد بذلك استدعاء ترحمه عليه واستغفاره ورضاه عنه ثم أوصى الى قومه بأن يفدوا النبي صلى الله عليه وسلم بأنفسهم وأن لا يوصل اليه ومنهم حي وان من حيي منهم بعد ذلك فلا عذر له عند الله وهذا يقتضي انه كان يجب على المسلمين وقايته صلى الله عليه وسلم بأنفسهم و بذلها دونه ص * مالك عن يحيي بن سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رغب في الجهاد وذكر الجنة ورجل من الأنصار يأكل تمرات في يده فقال اني لحريص على الدنيا ان جلست حتى أفرغ منهن فرمى مافي يده فحمل بسيفه فقاتل حتى قتل * ش قوله انه صلى الله عليه وسلم رغب في الجهاد تنبيها منه في تجديد ذلك عند حضور القتال وتذكيرا للناس بفضائل الجهاد وترغيبا لهم في احراز أجره والصبر على شدة الحرب وما عسى أن يؤدي اليه من جراح أو شهادة فأكد ذلك بأن شوقهم الى الجنة بأن وصف ما أعد الله فيها للمجاهد في سبيله لاسيما لمن أكرمه الله بالشهادة

(فصل) وقوله ورجل من الأنصار يأكل تمرات في يده ذكر أهل السير ان ذلك الرجل هو عمير ابن الحمام الأنصاري السلمي لما سمع ماذكر به النبي صلى الله عليه وسلم حمله تصديقه له وتثبته لما قاله على أن طرح تمرات في يده كان يأكلها ورأى أن اشتغاله بأكلها عن المبادرة الى الشهادة المؤدية الى ماوصف النبي صلى الله عليه وسلم من الجنة حرص على الدنيا واشتغال بيسير متاعها عن عظيم ما أعد الله تعالى لأوليائه فطرحها وحمل بسيفه وذكر أهل السير انه حمل وهو يقول

ركضا الى الله بغير زاد * الا التقى وعمل المعاد

* والصبر في الله على الجهاد *

وقد ذكر أهل السير ان هذا كان يوم بدر وقد كان مع النبي صلى الله عليه وسلم جماعة أصحابه وهم ثلاثمائة و بضعة عشر فيحتمل أن يكون حمل عمير هذا مع جماعة الناس و يحتمل أن يكون انفرد بالحمل على جماعة من المشركين وهذا جائز أن يحمل الرجل وحده على الكتيبة لاسيما من علم من نفسه شدة وقوة وكان مع أصحابه من العدد مايعلم انهم محتمون دونه وقد روي عن مالك انه قال يجوز للرجل اذا

علم من نفسه قوة وغناء أن يبرز الى الجماعة ولا يكون له تهلكة وأما من كان رأس الكتيبة وعلم أنه ان أصيب هلك من معه من المسلمين فالصواب له أن لا يتعرض للقتال الا أن يضطر اليه لان فى بقائه بقاء المسلمين ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن معاذ بن جبل انه قال الغزو غزوان فغزو تنفق فيه الكريمة ويياسر فيه الشريك ويطاع فيه ذو الأمر ويجتنب فيه الفساد فذلك الغزو خير كله وغزو لا تنفق فيه الكريمة ولا يياسر فيه الشريك ولا يطاع فيه ذو الأمر ولا يجتنب فيه الفساد فذلك الغزو لا يرجع صاحبه كفافا ﴾ ش قوله رضى الله عنه تنفق فيه الكريمة يريد كرائم الأموال ويحتمل أن يريد به حلال المال دون خبيثه ودون ما فيه شبهة ويحتمل أن يريد به كثيره اذا أراد بالنفقة النفقة على نفسه والصدقة ويحتمل أن يريد بالكريمة أفضل المتاع مثل أن يغزو على أفضل الخيل وأسبقها ويقتنيها لذلك وكذلك يغزو بأفضل السلاح والآلة فيكون انفاقها فى سبيل الله ابتياعها لذلك ويكون استعمالها فى ذلك حتى يعطب الفرس وتفنى الآلة والسلاح وقد يحتمل أن يريد بانفاق الغازى ذلك فى سبيل الله أن يحبس فى سبيل الله أفضل ما يغزو به معه من ذلك

(فصل) وقوله ويياسر فيه الشريك مياسرته يريد موافقته فى رأيه مما يكون طاعة ومتابعته عليه وقلة مشاحاته فيما يشاركه فيه من نفقة أو عمل وطاعة ذى الأمر امتثال أمر الأمير بأن يمتنع مما يمنع منه ويمتثل ما يأمر به من الطاعة لله ويجتنب مع ذلك الفساد فيما لا يعود بموافقة الشريك ولا تقدم للامام فيه أمر ولا نهى (مسئلة) وهل له أن يبارز بغير اذن الامام وقوله فذلك الغزو خير كله يريد انه خير لصاحبه فى الآخرة وطاعة لله وقربة

(فصل) وقوله وغزو لا تنفق فيه الكريمة ولا يياسر فيه الشريك ولا يجتنب فيه الفساد على حسب ما تقدم فذلك الغزو لا يرجع صاحبه كفافا يريد انه لا يفى سعيه وغزوه بما يكسبه من المآثم

﴿ ماجاء فى الخيل والمسابقة بينها والنفقة فى الغزو ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل فى نواصيها الخير الى يوم القيامة ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم الخيل فى نواصيها الخير الى يوم القيامة يريد والله أعلم الأجر والغنيمة وقد روى ذلك من طريق عبد الله عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الخيل فى نواصيها الخير الى يوم القيامة الأجر والغنيمة وهذا حض على ارتباطها فى سبيل الله واتخاذها للجهاد وقوله الى يوم القيامة دليل على أن ذلك باق الى يوم القيامة وأن الاسلام لا يذهب جملة ولا يغلب عليه حتى لا يبقى من أهله من يجاهد عن الدين ويدل أيضا ان أهل الكفر ومن يجاهد على الدين لا يخلو منهم وقت الى يوم القيامة فهذا ظاهر هذا اللفظ الا أن يرد تخصيصه ببعض الأزمان فقد روى عن ابن عباس أنه قال فى تأويل قوله تعالى حتى تضع الحرب أوزارها ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل التى قد أضمرت من الحفياء وكان أمدها ثنية الوداع وسابق بين الخيل التى لم تضمر من الثنية الى مسجد بنى زريق وأن عبد الله بن عمر كان ممن سابق بها ﴾ ش قوله سابق بين الخيل التى أضمرت من الحفياء الى ثنية الوداع قال محمد بن عبد الحكم فى هذا دليل على اجازة الاضمار وذلك لا يكون الا بمنع بعض العلف واستجلاب العرق وقال موسى بن عقبة بين الحفياء وثنية الوداع ستة أميال أو سبعة ومن الثنية الى مسجد بنى زريق ميل ونحوه وهذا نص فى مجاوزة المسابقة بين الخيل لما فى ذلك من تدريبها على الجرى والسبق وتدريب من يسابق بها ولما

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن معاذ ابن جبل انه قال الغزو غزوان فغزو تنفق فيه الكريمة ويياسر فيه الشريك ويطاع فيه ذو الأمر ويجتنب فيه الفساد فذلك الغزو خير كله وغزو لا تنفق فيه الكريمة ولا يياسر فيه الشريك ولا يطاع فيه ذو الأمر ولا يجتنب فيه الفساد فذلك الغزو لا يرجع صاحبه كفافا

﴿ماجاء فى الخيل والمسابقة بينها والنفقة فى الغزو ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل فى نواصيها الخير الى يوم القيامة * وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل التى قد اضمرت من الحفياء وكان أمدها ثنية الوداع وسابق بين الخيل التى لم تضمر من الثنية الى مسجد بنى زريق وأن عبد الله بن عمر كان ممن سابق بها

يبعث عليه من الاجتهاد فى ذلك والمبالغة فيه لما جبلت عليه النفوس من الحرص على الغلبة فاذا سابق غيره كان اجتهاده لنفسه وفرسه واجتهاده أكثر من اجهاده واجتهاده اذا انفرد بالجرى وليس تعرف العرب المسابقة الا بين الخيل والابل وكذلك فى الاسلام قاله محمد بن عبد الحكم وقد سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الخيل والابل ولا أعلم انه صلى الله عليه وسلم سابق بين غيرهما

(فصل) وليس فى الحديث ما يدل على أنه كان بين تلك الخيل سبق أخرجه أحد المتسابقين أو غيرهم وذلك لا يخلو من أحد حالين اما أن يكون السبق أخرجه غير المتسابقين أو أحدهم فان أخرجه غيرهم كالامام وغيره على أنه لمن سبق فلا خلاف فى جوازه (مسئلة) وان أخرجه أحد المتسابقين فان ذلك على وجهين أحدهما أن يخرجه ويسابق على أنه ان سبق غيره فهو للسابق وان سبق هو لم يكن له ويكون للذى يليه فهذا أيضا مما أجازه مالك وأكثر العلماء (فرع) فان لم يكن معه الا فارس واحد فسبق المخرج لم يرجع اليه الطعام وكان لمن حضر رواه ابن مزين عن مالك (مسئلة) والوجه الثانى أن يخرجه أحد المتسابقين على أنه ان سبق غيره فهو للسابق وان سبق المخرج فهو له هذا كرهه مالك ورواه ابن المواز عن ابن القاسم لا خير فيه وروى أصبغ عن ابن وهب اجازته ورواه ابن وهب عن مالك

(فصل) وقوله وأن عبد الله بن عمر كان ممن سابق بها يحتمل أن يريد به التى سابقت من الثنية الى مسجد بنى زريق وليس فى الراكبين حد من صغر ولا كبر ولا خفة ولا ثقل وليتخير كل انسان لركوب دابته من أحب وأمكنه وكتب عمر بن عبد العزيز لا تحملوا على الخيل الا من احتلم ص

﴿ مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول ليس برهان الخيل بأس اذا دخل فيها محلل فان سبق أخذ السبق وان سبق لم يكن عليه شئ ﴾ ش قوله ليس برهان الخيل بأس يريد المسابقة وقوله اذا كان بينهما محلل سماه محللا لانه بدونه لم تجز المسابقة بينهما على شئ يخرجه كل واحد منهما وان أخرج أحدهما سبقا وكان بينهما محلل ان سبق أخذ وان سبق لم يكن عليه شئ فهذا أجازه ابن المسيب قال ابن المواز وهو قياس قول مالك الآخر قال محمد وبه آخذ والمشهور عن مالك منعه (مسئلة) وليس من شرط هذا الرهان أن يعرف كل واحد من المتراهنين جرى فرس صاحبه ولا صفة الراكب من ثقل وخفة وانما ذلك على حسب ما يتفق ص ﴿ مالك عن يحيى ابن سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رؤى وهو يمسح وجه فرسه بردائه فسئل عن ذلك فقال انى عوتبت الليلة فى الخيل ﴾ ش مسحه صلى الله عليه وسلم وجه فرسه بردائه على سبيل الاكرام له والمبالغة فى مراعاته والاحسان اليه وانما سئل عن ذلك لما لم يعهد منه مثل هذا فقال صلى الله عليه وسلم انى عوتبت الليلة فى الخيل وهذا يقتضى انه انما عوتب فى المبالغة فى مراعاتها والتعاهد لها والاحسان لما خصها الله به من أن جعلها سببا للخير من الأجر والمغنم عونا عليه ص ﴿ مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرج الى خيبر أتاها ليلا وكان اذا أتى قوما بليل لم يغز حتى يصبح فلما أصبح خرجت يهود بمساحيهم ومكاتلهم فلما رأوه قالوا محمد والله محمد والخميس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله أكبر خربت خيبر انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين ﴾ ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرج الى خيبر أتاها ليلا يحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم قصد ذلك ليستتر المسلمون فى مكانهم فاذا أصبح خرج من اليهود من جرت عادته بالخروج فيظفر بهم ويحتمل انه أراد أن يأتى ليلا ليعلم بقاءهم على كفرهم

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول ليس برهان الخيل بأس اذا دخل فيها محلل فان سبق أخذ السبق وان سبق لم يكن عليه شئ

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رؤى وهو يمسح وجه فرسه بردائه فسئل عن ذلك فقال انى عوتبت الليلة فى الخيل

* وحدثنى عن مالك عن حميد الطويل عن أنس ابن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرج الى خيبر أتاها ليلا وكان اذا أتى قوما بليل لم يغز حتى يصبح فلما أصبح خرجت يهود بمساحيهم ومكاتلهم فلما رأوه قالوا محمد والله محمد والخميس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله أكبر خربت خيبر انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين

بتركهم الاذان وانتقالهم عنه بالاذان قبل أن ينذروا و يحتمل أن يكون قصد بذلك الرفق بأصحابه ليقيهم بذلك حر الشمس ووهج الحر والله أعلم بذلك

(فصل) وقوله وكان اذا أتى قوما بليل يحتمل أن يكون كان يفعل ذلك صلى الله عليه وسلم لان الليل ليس بوقت اغارة لاسيما فيما يقرب من الحصون والقرى لان من خشي أن يغار عليه يبيت فيها فلا يظفر به فاذا خرج عند الصباح وانتشرت العمال وسائر الناس المتصرفين أغار حينئذ ليظفر بهم أو ببعضهم ويحتمل أن يكون كان يفعل ذلك تثبتا فان سمع أذانا غند الصباح أمسك وان لم يسمعه أغار (مسئلة) وليس في هذا الحديث ذكر الدعوة الى الاسلام قبل القتال ويحتمل أن يكون ذلك ولم ينقل الينا وقد روى أبو حازم عن سهل بن سعد قال يوم خيبر لعلى بن أبى طالب انفذ على رسلك حتى تنزل بساحتهم ثم ادعهم الى الاسلام وأخبرهم بما يجب عليهم فوالله لأن يهدى الله بك رجلا خير لك من أن يكون لك حمر النعم ويحتمل أن يكون ترك الدعوة لما تقدم من دعائهم وعلم من عنادهم واصرارهم وقد اختلف العلماء فى هذا فقال مالك أحب الى أن يدعى العدو قبل القتال بلغتهم الدعوة أو لم تبلغهم إلا أن يعجلوا سواء قربوا أو بعدوا وقال عنه ابن القاسم لا يبيتوا حتى يدعوا وقال ابن الماجشون عن مالك لا يدعى من قرب من الدرب مثل طرسوس والمصيصة وروى ابن حبيب عن المدنيين من أصحاب مالك انما الدعوة اليوم فيمن لم يبلغه الاسلام ولا يعلم ما يقاتل فأما من بلغه الاسلام وعلم ما يدعى اليه وحارب وحورب كالروم والافرنج ممن دانى أرض الاسلام وعرفه فالدعوة فيهم ساقطة قال ابن حبيب فيجب أن يغار عليهم وينتهز فيهم الفرصة وقد بعث النبى صلى الله عليه وسلم من يقتل كعب بن الأشرف وابن أبى الحقيق فوجه القول الاول وهو رواية ابن القاسم ما روى أن على بن أبى طالب رضى الله عنه قال للنبى صلى الله عليه وسلم يوم خيبر يارسول الله نقاتلهم حتى يكونوا مثلنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انفذ على رسلك حتى تنزل بساحتهم ثم ادعهم الى الاسلام واخبرهم بما يجب عليهم من حق الله فوالله لأن يهدى الله بك رجلا واحدا خير لك من حمر النعم فوجه الدليل منه أنه قال صلى الله عليه وسلم له على رسلك ثم ادعهم الى الاسلام وهذا نص ووجه آخر أنه قال فلان يهدى الله بك رجلا واحدا * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وظاهر هذا عندى يقتضى أن يدعوهم فيهتدون وأما قتالهم حتى يبينوا الاسلام فانما هو من باب الجبر والاكراه لهم مع ان الحرب قد تنجلى عن أداء الجزية دون اهتداء وأما الدعوة الى الاسلام فهى التى تقتضى الاهتداء ووجه من جهة المعنى ان أمر الاسلام مترقب ومرجو فى وقت ممن قد بلغته الدعوة وممن لم تبلغه وقد يسلم اليوم من أبى الاسلام أعواما جمة فلزم أن يذكر بالدعوة وتعاد عليه عسى أن يؤوب الى الاسلام ووجه الرواية الثانية أن من قرب من بلاد المسلمين قد بلغته الدعوة وتكررت عليه وعلم مقتضاها ولا يزيد اعادتها عليه معرفة بما لم تتقدم له المعرفة. وانما فى ذلك التحذير له عن النكاية فيه وذلك يوهن حرب المسلمين وانما يحتاج الى ذلك من بعدت داره ولم يعلم حال الاسلام وان كان قد بلغته دعوة الاسلام فلم تبلغه على وجهها ولا عرف مقتضاها فيلزم أن تعاد عليه الدعوة ويتبين اليه ما يدعى اليه والذى رواه ابن حبيب عليه عمل المسلمين فى سائر الآفاق ووجهه ما تقدم من قوله وحجته (فرع) ومن كان من أهل الحرب ممن يظن أن الدعوة تبلغه فوتلوا بغير دعوة فقتلوا وغنموا فذلك ماض وليس عليهم رده وقد أساؤا رواه ابن سحنون عن أبيه ووجه ذلك أن حالهم من الكفر يحكم بامضاء قتلهم واسترقاقهم وانما كان يجب تقديم الدعوة رجاء أن

يتنقلوا عن ذلك فان صادف القتل والاسترقاق الكفر الاصلى دون عهد مضى عليهم والله أعلم

(فصل) وقوله فخرجت بمساحيهم ومكاتلهم يريد للعمل فى بساتينهم ونخيلهم وحروثهم فلما رأوه صلى الله عليه وسلم قالوا محمد والله محمد والخميس يريدون الجيش قالوا ذلك ينذر بعضهم بعضا فقال صلى الله عليه وسلم الله أكبر اعظاما لله تعالى واكبارا له واخبارا بعلو دينه وظهور أمره ثم قال صلى الله عليه وسلم انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين يريد صلى الله عليه وسلم أنهم قد تقدم اليهم الانذار فلما عتوا وعاندوا نزل بساحتهم نزول الانتقام منهم والاذلال لهم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عبد الرحمن بن عوف عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أنفق زوجين فى سبيل الله نودى فى الجنة يا عبد الله هذا خير فمن كان من أهل الصلاة دعى من باب الصلاة ومن كان من أهل الجهاد دعى من باب الجهاد ومن كان من أهل الصدقة دعى من باب الصدقة ومن كان من أهل الصيام دعى من باب الريان فقال أبو بكر يا رسول الله ما على من يدعى من هذه الابواب من ضرورة فهل يدعى أحد من هذه الابواب كلها فقال نعم وأرجو أن تكون منهم ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم من أنفق زوجين فى سبيل الله روى عن الحسن البصرى أنه قال اثنين من جنس واحد كدرهمين أو دينارين وروى عن غيره أنه قال دينار ودرهم ومعنى ذلك والله أعلم أنه أقل ما يقع به التكرار من العبادة وما يتقرب به الى الله تعالى ويحتمل أن يريد بذلك العمل فيدخل فى ذلك من صلى صلاتين أو صام يومين أو جاهد مرتين وان كان لفظ الانفاق فيما قدمناه أظهر ولفظ الجهاد والغزو فى سبيل الله أظهر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم نودى فى الجنة يا عبد الله هذا خير يحتمل أن يريد به يا عبد الله هذا خير أعده الله لك فاقبل اليه من هذا الباب ويحتمل أن يريد به هذا خير أبواب الجنة لك لأنه فى الخير والثواب الذى أعدلك ثم قال صلى الله عليه وسلم فان كان من أهل الصلاة دعى من باب الصلاة ومعناه والله أعلم أن تكون الصلاة أغلب أعماله وأكثرها وتغلب على عمل الرجل الصلاة فتكون أكثر أعماله ويغلب على أعماله الصوم فيكون أكثر أعماله وكذلك الجهاد والصدقة فمن كان الغالب على عبادته نوع من هذه العبادات نودى من الباب المختص به وهذا يحتمل وجهين أن يريد بقوله فى سبيل الله أى سبيل الله كانت من الجهاد وغيره فيكون معنى ذلك ان من كانت عبادته ونافلته الصلاة دعى من باب الصلاة ويحتمل أن يريد بسبيل الله الجهاد خاصة ويكون معنى من كان من باب الصلاة من تنفل فى غزوه ومن كان من أهل الصيام من صام فى غزوه وأهل الصدقة من تصدق فى غزوه فيكون هذا أغلب عليه فى الغزو وبه ينادى وان كانت عبادته فى سائر الأوقات يغلب عليها غير ذلك

(فصل) قوله ومن كان من أهل الصيام دعى من باب الريان رأيت لبعض أهل اللغة ان الريان من الرى فخص ذلك بدعاء الصائم لما كان فى الصوم من الصبر على ألم العطش والظمأ فى الهواجر اعلاما لمن تكلف ذلك بما يخص هذا من الدعاء من هذا الباب الذى يدل على الثواب الجزيل والله أعلم

(فصل) وقول أبى بكر رضى الله عنه يا رسول الله ما على من يدعى من هذه الأبواب من ضرورة ظاهره انه ليس عليه ضرورة فى أن يدعى من غيرها وان الدعاء من واحد منها يكفى فى التناهى فى الخير وسعة الثواب لكنه مع ما فى الدعاء من واحد من هذه الأبواب من الخير العظيم هل يدعى أحد من جميعها لأن ذلك أكثر من الخير وأوسع من انعام الله تعالى على من أطاعه فقال صلى الله عليه

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من انفق زوجين فى سبيل الله نودى فى الجنة يا عبد الله هذا خير فمن كان من أهل الصلاة دعى من باب الصلاة ومن كان من أهل الجهاد دعى من باب الجهاد ومن كان من أهل الصدقة دعى من باب الصدقة ومن كان من أهل الصيام دعى من باب الريان فقال أبو بكر الصديق يا رسول الله ما على من يدعى من هذه الابواب من ضرورة فهل يدعى أحد من هذه الابواب كلها فقال نعم وأرجو أن تكون منهم

وسلم نعم وأرجوأن تكون منهم ومن دعى من هذه الأبواب كلها لا يمكن أن يقال له ان دخولك من هذا الباب أفضل من دخولك على غيره من أبواب الجنة ولكنه يدعى بأن يقال له ان لك ههنا خيرا وعده الله لك لعبادتك المختصة بالدخول على هذا الباب أولعبادتك التى هى سبب أن تدعى من ذلك الباب والله أعلم وأحكم

﴿ احراز من أسلم من أهل الذمة أرضه ﴾

ص ﴿ سئل مالك عن امام قبل الجزية من قوم فكانوا يعطونها أرأيت من أسلم منهم أتكون له أرضه أو تكون للمسلمين ويكون لهم ماله فقال مالك ذلك يختلف أما أهل الصلح فان من أسلم منهم فهو أحق بأرضه وماله وأما أهل العنوة الذين أخذوا عنوة فمن أسلم منهم فان أرضه وماله للمسلمين لان أهل العنوة قد غلبوا على بلادهم وصارت فيئا للمسلمين وأما أهل الصلح فانهم قد منعوا أموالهم وأنفسهم حتى صالحوا عليها فليس عليهم الا ما صالحوا عليه ﴾ ش قوله من أسلم من أهل الصلح فاله له قول جماعة الفقهاء وفى ذلك خمسة أبواب * أحدها فى معرفة الصلح والعنوة * والثانى فى حكم أهل الصلح حال حياتهم وكفرهم * والثالث فى حكم انتقال الأملاك عنهم حال حياتهم وكفرهم * والرابع فى حكم أموالهم بعد موتهم على كفرهم * والخامس فى حكم أموالهم اذا أسلموا

﴿ الباب الأول فى معرفة الصلح والعنوة ﴾

فأما أهل الصلح فهم قوم من الكفار حموا بلادهم وقاتلوا عليها حتى صولحوا على شئ أعطوه من أموالهم أو جزية أو ضريبة التزموها فاصالحوا على بقائه بأيديهم من أموالهم فهو مال صلح أرضا كان أو غيره وما صالحوا به أو أعطوه على اقرارهم فى بلادهم وتأمينهم كان أرضا أو غيره فانه ليس بمال صلح ولو أن أهل حرب قوتلوا حتى صالحوا على أن لا يكون لهم فى الأرض حق ويؤمنون على الخروج من البلد أو المقام به على الذمة لما كانت تلك الأرض أرض صلح وانما تكون أرض صلح ما صولحوا على بقائها بأيديهم سواء تقدم ذلك حرب أو لم يتقدمه حرب (مسئلة) وأما العنوة فهى الغلبة فكل مال صار للمسلمين على وجه الغلبة من أرض أو عين دون اختيار من غلب عليه من الكفار فهو أرض عنوة سواء دخلنا الدار عليهم غلبة أو أجلوا عنها مخافة المسلمين تقدمت فى ذلك حرب أو لم تتقدم أقر أهلها فيها أو نقلوا عنها وقد روى أشهب عن مالك فى العتبية ان خيبر فتحت بقتال يسير وقد خمست الا ما كان منها عنوة أو صلحا وهو يسير فانه لم يخمس قال أشهب فقلت العنوة والقتال أليسا واحدا فقال انما أردت الصلح ولفظ القتال يصح أن يراد به العنوة ويصح أن يراد به الصلح فان القتال قد يكون سببا الى العنوة ويصح أن يكون سببا الى الصلح ومرادنا بالصلح والعنوة ان الأرض آل حالها أن استقرت بأيدى أربابها بصلح صالحوا عليها أو زالت عن ملكهم بالعنوة والغلبة قال مالك قسمت خيبر ثمانية عشر سهما على ألف وثمانمائة رجل لكل رجل سهمه قال وما كان افتتح من خيبر خمسه وقسم الباقى على ما تقدم وما خمس منها بغير قتال فلم يخمس وأقطع منها أزواجه فاقتضى ذلك أن خيبر كانت على ثلاثة أقسام قسم استولى عليه عنوة بالقتال فخمس وقسم الأربعة أخماس وقسم أجلوا عنه وأسلموه من غير قتال فلم يسهم منه لاحد وكان حكم ذلك كله حكم الخمس كما فعل صلى الله عليه وسلم ببنى النضير قال الله تعالى وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شئ قدير وأما فدك فصولحوا على النصف ولم

﴿ احراز من أسلم من أهل الذمة أرضه ﴾
وسئل مالك عن امام قبل الجزية من قوم فكانوا يعطونها أرأيت من أسلم منهم أتكون له أرضه أو تكون للمسلمين ويكون لهم ماله فقال مالك ذلك يختلف أما أهل الصلح فان من أسلم منهم فهو أحق بارضه وماله وأما أهل العنوة الذين أخذوا عنوة فمن أسلم منهم فان أرضه وماله للمسلمين لأن أهل العنوة قد غلبوا على بلادهم وصارت فيئا للمسلمين وأما أهل الصلح فانهم قد منعوا أموالهم وأنفسهم حتى صالحوا عليها فليس عليهم الا ما صالحوا عليه

يوجف عليها بخيل ولا ركاب وكانت عنوة بغير قتال * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي يقتضي انه كان لهم النصف على وجه الصلح وكان النصف على وجه العنوة ولكنه ظهر عليه النبي صلى الله عليه وسلم من غير ايجاف ولا ركاب ولا قتال فكان حكم ذلك النصف حكم الخمس قال مالك ثم ان عمر بن الخطاب أجلى أهل خيبر وأجلى أهل فدك وأعطى أهل فدك بذلك حبالا واقتابا وذهبا اشترى ذلك من بيت المال للمسلمين فهذا حكم هذه البلاد (مسئلة) وأما مكة فاختلف أهل العلم في حكمها فقال مالك افتتحت عنوة وبه قال أبو حنيفة والأوزاعي وقال الشافعي انما دخلها صلحا وقال أصحابه معنى ذلك أنه فعل فيها فعل من صالحه فملك نفسه وماله وأرضه وداره فان كان هذا فليس بخلاف لقولنا عنوة والدليل على ما قلناه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانما أحلت لي ساعة من نهار والدليل على ذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال يوم فتح مكة من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ولو كان هنا صلح لما احتاج الى تأمين من فعل فعلا مخصوصا وقد تقدم له جرم وفائدة الخلاف في هذا أنه يجوز للامام أن يمن ويعفو عن جملة الغنائم قبل القسمة (فرع) اذا ثبت ذلك فانه لم يستدم بمكة حكم العنوة من قسم دورهم وأراضيهم واسترقاق من أخذ منهم قال أبو عبيد فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة ومن على أهلها وردها عليهم ولم يقسمها ولم يجعل شيأ منها فيأ فرأى بعض الناس أن ذلك جائز له وللأئمة بعده قال أبو عبيد والذي أقول ان ذلك كان جائزا له في مكة وليس ذلك بجائز له في غيرها ومكة لا يشبهها شئ من البلاد لأن الله تعالى خص رسوله من الانفال بما لم يخص به غيره فقال قل الانفال لله والرسول والذي قاله أبو عبيد لا يبعد في قوله ان ذلك في مكة دون غيرها وذلك أن مكة خصت بمنع القتال فيها وانما أحلت له صلى الله عليه وسلم ساعة من نهار ثم عادت حرمتها وحرم القتال فيها الى يوم القيامة فلذلك أعاد صلى الله عليه وسلم فيأهم اليهم بعد تلك الساعة لما حرمت مقاتلتهم * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندي الوجه الاول وهو أن ذلك جائز له صلى الله عليه وسلم بمكة وغيرها وجائز لمن بعده من الأئمة اذا رأى ذلك صلاحا للمسلمين وقد رد النبي صلى الله عليه وسلم الى هوازن سبيهم واستأنى بهم شهرا ليرد اليهم أموالهم وسبيهم فلعله صلى الله عليه وسلم قد رأى ذلك صلاحا واستئلافا لأهل مكة فرد اليهم دورهم وأرضهم وأملاكهم ولعله قد استأذن في ذلك من كان معه من المسلمين فأذنوا له وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لأهل مكة يوم افتتحوا مكة وقد اجتمعوا في المسجد فرارا من القتل اذهبوا فأنتم الطلقاء ولم يسب من أهلها أحدا فكذلك يجوز أن يكون قد أتبعهم أموالهم وديارهم وأرضهم فكل من أسلم منهم بقي ملكه في يده (مسئلة) وأما أرض الاندلس فان أكثرها افتتحت عنوة ومنها ما افتتح صلحا كتدمير وغيرها والى هذا ذهب ابن حبيب وغيره من علمائنا وسيأتي ذكر حكم أرضها بعد هذا ان شاء الله (فرع) ذكر الداودي أن عمر بن الخطاب بعث سهل بن حنيف فجعل على جريب البرثمانية وأربعين درهما وعلى جريب الشعير أربعة وعشرين درهما وعلى جريب التمر ستة قال أبو القاسم الزجاجي الجريب ستون ذراعا في ستين ذراعا قال غيره بالذراع الهاشمية وهي ذراع وثلث بذراع اليد والذراع الهاشمي ست قبضات والقبضة أربعة أصابع والاشل حبل يذرع به الجريب طوله ستون ذراعا والناب قصبة يذرع بها أيضا وطولها ستة أذرع وهي عشر الاشل وذلك كله بالذراع الهاشمي

﴿ الباب الثانى فى حكم أهل الصلح حال حياتهم مع بقائهم على كفرهم ﴾

أهل الصلح لا يخلو أن يكونوا صولحوا على شئ يؤدونه فى جملتهم أو يصالحوا على شئ يؤدونه عن جماجمهم وقد روى ابن حبيب أن الجزية الصلحية جزيتان فجزية على البلد مجملة وجزية على الجماجم ومعنى ذلك ان يوضع على جملتهم شئ يغرمونه لا يحط منه لقلتهم ولا يزاد عليه لكثرتهم فهم ضامنون له حتى يؤدونه لا يبرأ أحد منهم وان أدى أكثره حتى يؤدى جميعه ودية الجماجم أن يوضع على كل جمجمة دينار أو أكثر منه على ما تقدم تفسيره فهذه الجزية تزيد بزيادة عددهم وغناهم وتنقص بنقص عددهم وغناهم ويبرأ كل واحد منهم اذا أدى ما عليه منه وان لم يؤد غيره ما عليه لأن بعضهم لم يضمن ما على غيره وانما التزم ما يخصه (مسئلة) وقد قال ابن القاسم فى المدونة اذا باع الصلحى أرضه من مسلم على أن الخراج على المبتاع لم يجز وأجازه أشهب وهذا يدل على أن الصلح قد ينعقد على أن يكون على الارض خراج وهى ملك لأربابها من أهل الصلح وهذا يحتمل أن يكون قسما ثالثا ويحتمل أن يكون على الجماجم خراج وعلى الارض خراج وكيفما انعقد الصلح فى ذلك جاز والله أعلم (مسئلة) قال ابن حبيب جزية أهل الصلح انما هى فيما صالحوا عليه قال ولا يزاد فى جزية الصلح على الغنى ولا ينقص منها عن الفقير وذلك يحتمل وجهين أحدهما أن تكون على الجماجم فيحتمل ذلك وجهين أحدهما ان ما يقرر انما هو دينار الى أربعة دنانير فلا يزاد الغنى على أربعة دنانير ولا ينقص الفقير عن دينار وقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك لا يزاد على أهل الذمة فى جزية جماجمهم وان أيسروا على ما فرض عمر رضى الله عنه على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعين درهما قال وتطرح عنهم ضيافة ثلاثة أيام اذا لم يوف لهم والمعنى الثانى أن من استقرت جزيته على شئ لا ينقل عنه والاول أصح والوجه الثانى أن يكون صلحهم على مقدار ما فى جملتهم فلا يزادون عليه لغناهم ولا ينقصون منه لفقرهم

﴿ الباب الثالث فى حكم انتقال الاملاك عنهم حال حياتهم وكفرهم ﴾

أن ذلك يختلف وقد قال ابن حبيب ان الجزية الصلحية جزيتان جزية على البلد وجزية على الجماجم فان كانت مجملة على البلد فهى موقوفة لا تباع ولا تورث ولا تقسم ولا يملكها ان أسلم وانما له ماله وأما الارض فموقوفة أبدا لما عليها من الخراج وذلك بأسره باق على من بقى من النصارى وأما ان صولحوا على أن الجزية على جماجمهم فلهم بيع الارض وهى لهم ملك يصنعون بها ما شاؤا وروى عيسى عن ابن القاسم أن أهل الصلح اذا صالحوا على أن عليهم ألف دينار كل عام أو على أن على جماجهم دينارين على كل رجل منهم وعلى أرضهم على كل بذر كذا شيئا سموه وعلى كل زيتونة كذا قال ذلك سواء ولهم بيعها فوقع الاتفاق بينهم على الخراج اذا وضع على الجماجم لا يمنع ذلك بيع الارض واختلفا اذا وضع على الجملة فمنع ذلك بيع الارض عند ابن حبيب ولم يمنع منه عند ابن القاسم وجه قول ابن حبيب أن الارض لما وضعت الجزية أو الخراج على الجملة هى سبب الجزية وهى مال ظاهر فلم يجز لهم تفويتها لما فى ذلك من منع استجلاب ما عليهم من الجزية ووجه قول ابن القاسم أن الارض من أموال أهل الصلح وملكهم فكان لهم بيعها والتصرف فيها كالعين والحيوان وسائر أموالهم (فرع) وأما اذا كان الصلح على أن الجزية على مقدار الارض وما فيها من الغرس فيجب على قول ابن حبيب أن لا يجوز بيعها ولا تفويتها لان الخراج متعلق بها وهو

حق المسلمين فلا يجوز لهم تفويتها واتلاف أثمانها وقطع ما يجب للمسلمين من حق الجزية فيها وذلك جائز على قول ابن القاسم اذا كانت الجزية على الجماجم أو على الأرض أو عليهما وهو فى المدونة و وجهه ما تقدم والله أعلم (مسئلة) فاذا قلنا بجواز بيع أرض الصلح فلا يخلو أن يكون ذلك على الاطلاق أو على اشتراط الخراج فان كان على الاطلاق فان ظاهر المدونة فى قول ابن القاسم يقتضى أن الخراج على البائع ابتاعها منه مسلم أو ذمى ووجه ذلك ان عقد الصلح قد اقتضى تعلق الخراج بذمته فلا يزيله عن ذلك بيع الأرض ولا هبتها يدل على ذلك انه اذا أسلم سقط الخراج عن الأرض فوجب أن يتعلق الخراج به دون الأرض لان المراعى فى ذلك صفته دون صفة الأرض وظاهر قول أشهب فى المدونة يقتضى أن الخراج على المبتاع ووجه ذلك ان الخراج انما يجب بسبب الأرض مع بقاء المصالح عليها على الكفر فوجب أن ينتقل الخراج حيث انتقلت الأرض ولان تلك الأرض لو استغدرت وتلفت اتلافا لا يمكن جبره لسقط الخراج بسببها فوجب أن ينتقل الخراج معها (فرع) فان قلنا بقول ابن القاسم ان الخراج على البائع مع اطلاق العقد فان شرط على المبتاع ففى المدونة من قول ابن القاسم ان البيع حرام لا يحل لانه اشترط عليه مالا يدرى قدره ولا منتهاه ولا مبلغه ومعنى ذلك انه يقيم البائع على كفره فيدوم بقاء الخراج على الأرض وقد يسلم بعد بيعه بيوم فيسقط الخراج عن الأرض وهذا غرر لا يجوز مثله فى البيع (فرع) وقد كان العمل بالأندلس على قول ابن القاسم فى ابتياع أرض الخراج على ان على المبتاع ما يلزم وأمر المنصور أبو عامر محمد بن أبى عامر بالأخذ بقول أشهب لحاجته الى ذلك لانه قد يهلك البائع من غير مال ويخرج من البلد فير بد ابتياع الأرض بما عليها فتحيل أهل الجهة للتمسك بقول ابن القاسم على ان عقدوا على المبتاع بعد تمام انعقاد البيع وربما كان فى عقد غير عقد الابتياع انه عرف ما يلزم الأرض من ذلك والتزمه تحيلا لسلامة العقد مما يفسد ويمنع صحته وهذا لا يجزى اذا كان البائع والمبتاع قد علما أن الأرض أرض صلح وانه قد يلزمها الخراج وانه لا سبيل الى أن تباع و يبقى خراجه على بائعه وهذا يقتضى فساد البيع على هذا القول وقد ألحق أهل بلدنا بذلك ما لزم أرض الاسلام ومن وظائف الظلم للسلاطين فأجروها مجراها على قول ابن القاسم عندهم * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى غير صحيح لان هذه الوظائف ليست بحق ثابت وانما هى مظالم لا تثبت بوجه حق ولا تجب يدل على ذلك انه من أمكنه دفعها عن نفسه بفرار أو غيره لم يأثم بذلك وخراج أرض الصلح اذا ثبت عليه لم يحل دفعه عن نفسه بفرار ولا امتناع وانما ذلك مثل هذه المظالم الموظفة على الأرض مثل ابتياع الانسان الثياب فى البلد التى يجب على المبتاع مكس فى كل ما يبتاع منه فان ذلك لا يمنع صحة بيعه ولا صحة ابتياعه وكذلك من اكترى دابة فى طريق يعلم انه سيؤخذ منه على كل دابة مكس وربما خفى أمره فسلم فان ذلك لا يمنع صحة الكراء (فرع) اذا قلنا بقول أشهب ان الخراج على المبتاع بمجرد العقد أو بتخريج أهل بلدنا انه يجوز أن يلزمه المبتاع بعد تمام عقد البيع فانه اذا أسلم البائع ففى المدونة عن أشهب انه يسقط الخراج عن المبتاع بمنزلة ما سقط خراجها اذا أسلم الصلحى وهى بيده وأما اذا مات الصلحى ولم يترك وارثا صار ماله لبيت مال المسلمين

(الباب الرابع فى ذكر أموالهم بعد موتهم على الكفر)

قد تقدم من قول ابن حبيب انه اذا كانت الجزية على جملتهم فان أرضهم لا تورث وتقدم من التخريج على قوله ذلك ان الجزية اذا كانت على الأرض حكمها ذلك وان الجزية اذا كانت على جماجمهم

فإن الأرض تورث عنهم ورَوى في العتبية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ان أهل الصلح يورثون على حسب مواريثهم (فرع) فاذا قلنا انهم يورثون فان أرضه وماله لورثته فان لم يدع وارثا فقد قال ابن حبيب اذا كانت الجزية على جماجمهم فمن مات منهم ولم يدع وارثا فأرضه وماله للمسلمين كميت لاوارث له ورَوى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية انه من مات من أهل الصلح ولا وارث له من أقاربه فميراثه لأهل خراجه ولا يضع عنهم موته شيأ من خراجه وما صولحوا عليه قائم عليهم فوجه ما قاله ابن القاسم ان ذلك في أهل الصلح اذا قوطعوا على شئ يكون على جماعتهم في الجملة فهؤلاء من مات منهم ولا وارث له فماله وأرضه لأهل خراجه لان موته لا يسقط عنهم شيأ مما التزموه وانما كانوا التزموه على أموالهم ومال هذا المتوفى وأما اذا كان ما صولحوا عليه جزية على جماجمهم فان ما ترك من مال لا وارث له فماله لجماعة المسلمين لانه أفرد نفسه بالعقد بما كان يخصه من الأداء على ما كان يخصه من المال فاذا مات سقط ما كان يلزمه من الخراج ولم يتبع به أحد ممن صالح معه فلذلك كان ماله لجماعة المسلمين (فرع) واذا قلنا من مات من أهل الصلح ولا وارث له فميراثه للمسلمين كيف يعرف من له ورثة ممن لا ورثة له ونحن لا نعلم مواريثهم رَوى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ذلك الى أهل دينهم وأساقفتهم فان قالوا ايرثه من يذكرون من ذي رحم أو غيره من رجل أو امرأة سلم ذلك اليه وان قالوا لا ولد له فميراثه للمسلمين ووجه ذلك أن طريق هذا الخبر مما ينفردون به من العلم وفي مثل هذا تقبل أقوالهم كاخبارهم عما يعالجونه من الأدواء وترجمتهم عن الألسنة التي لا نعرفها ومثل هذا يحكم فيه بقولهم ويرجع فيه اليهم

﴿الباب الخامس في حكم أموالهم اذا أسلموا﴾

قال ابن حبيب اذا كانت جزية الصلح على جملتهم فمن أسلم منهم لم تملك أرضه وانما يملك ماله وان كانت على جماجمهم ثم أسلم فأرضه له وماله له دون جزية على شئ من ذلك ورَوى عيسى عن ابن القاسم انه سواء كان الصلح على جملتهم أو على جماجمهم أو على مبذر أرضهم فان الاسلام يسقط عنهم ذلك كله والخلاف فيه والتوجيه على نحو ما تقدم (مسئلة) وهذا لما بقي من المدة وأما ما مضى من المدة وقد بقي عليه الخراج والجزية لم يؤده فالذي في المدونة في الجزية انه يسقط ذلك عنه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يؤخذ منه حال اسلامه

(فصل) وقوله وأما أهل العنوة الذين أخذوا عنوة فمن أسلم منهم فان أرضه وماله للمسلمين ومعنى ذلك أن أهل العنوة وهم الذين تقدم ذكرهم ان أسلم منهم أحد لا يحرز ماله ولا أرضه ويصير ذلك للمسلمين وانما يريد بقوله أرضه الارض التي بيده فاضافها اليه لعمله فيها ولو كانت أرضا اشتراها بعد العنوة بحيث يجوز له أن يشتري لكانت من جملة ماله حكمها حكم ماله عندي ولم أر فيه نصا وأصل ذلك ان أرض العنوة عند مالك لا تقسم وتبقى لنوائب المسلمين على رأى عمر بن الخطاب في أرض مصر وأرض العراق وقال أبو حنيفة والشافعي تقسم الارض كسائر أموالهم والدليل على صحة ما ذهب اليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتبعه عليه مالك ما احتج به عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قوله تعالى ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله ان الله شديد العقاب ثم قال تعالى للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون ثم

ذكر تعالى الانصار فقال والذين تبوّؤا الدار والايمان من قبلهم يحبون من هاجر اليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون ثم قال والذين جاؤا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان فهذا يدل على ان لمن جاء بعد الذين افتتحوا تلك المواضع حقا فيها ولا يكون ذلك الا بتبقية الارض واما غير ذلك من الأموال فلا تبقى لمن يأتي بعدهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان أهل العنوة أحرار قاله مالك وأصحابه وروى عيسى عن ابن القاسم نساؤهم كالحرائر لا ينظر الى شعورهن ودية المرأة منهن دية الحرة ذمية ووجه ذلك انهم لما لم يسترقوا وعقد لهم عقد الذمة فقد حكم بحريتهم لان الامام فيمن غلب عليه من أهل الكفر أن يقتل أو يمن أو يفادي به أو يسترقه أو يعقد له الذمة على انه حر وهؤلاء قد عقد لهم عقد ذمة على الجزية فهم أحرار (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد روى ابن مزين عن عيسى بن دينار أن الفرض الذي يفرض عليهم على جماجمهم وتترك الارض بايديهم عونا لهم وقال ابن حبيب ان عمر رضي الله عنه فرض الجزية على أهل مصر على كل علج منهم أربعة دنانير من غير خراج أرضهم وجعل على الارض خراجا على حدة وقال غير ابن حبيب انه أقرهم في الارض وجعل عليهم خراجا واحدا على الارض والجماجم وجعل عليهم مع ذلك الضيافة وقال مالك تطرح عنهم الضيافة اذا لم يوف لهم * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والأظهر عندي أن يكون عليهم جزية جماجمهم فمن عمل أرضا كان عليه خراجها لان سبب جزية جماجمهم سكنى بلد المسلمين وحقن دمائهم فيها وسبب خراج الارض الانتفاع ألا ترى أن من لم يعمر منهم أرضا فلا بد من أداء جزية جمجمته ومن عمر شيأ من أرض الخراج أدى عليها وان كانت امرأة لا تجب على جمجمتها جزية (مسئلة) ولا يجوز للعنوي بيع شئ من الارض لانها ملك للمسلمين لم يؤذن له في بيعها ويجوز لهم بيع غير ذلك من الرقيق وسائر الأموال رواه سحنون عن ابن القاسم وقال وكأنهم على ذلك تركوا كالمأذون له في التجارة قال ويمنعون أن يهبوا ويتصدقوا قال ويجيء قول ابن حبيب ان لهم ذلك فيما بقي بايديهم من مال الفتح وفيما اكتسبوه بعد من ذلك ويجيء على قول ابن المواز ان ذلك لهم بما اكتسبوه دون ما أقر بايديهم (مسئلة) ومن مات من أهل العنوة فان كان له وارث ورثه رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم قال يسئل عن ذلك أساقفتهم وأهل دينهم فمن قالوا انه يرثه من ذي رحم أو غيره من رجل أو امرأة سلم اليه ذلك وفي كتاب ابن حبيب ان ماله وما كسب لورثته الا الارض فهي للمسلمين ووجه ذلك ان الارض لما افتتحت عنوة فهي للمسلمين وانما يعمرها بالخراج وأما ما كان كسبه من مال فهو لورثته وما كان بيده يوم الفتح فيتخرج على وجهين نحن نذكرهما بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وان لم يدع وارثا فقد قال ابن حبيب كل ما تركه للمسلمين في بيت المال ونحوه روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم وقال أشهب ما كان بيده من دار أو أرض فهي موقوفة أبدا للمسلمين وما كان له من مال فللمسلمين وما علم انه كان بيده يوم الفتح من مال فهو كالفيء وهذا يقتضي ان ما كان بيده يوم الفتح فانه لم يملكه وانما هو مال لأهل الفتح أقر بايديهم عونا على عمارة الأرض فاذا مات أو أسلم رجع اليهم وأما على قول ابن القاسم وابن حبيب فانه يقتضي ان ما ترك بيده ترك له على سبيل التمليك والترك له كما ترك له رقبته وأهله وولده (مسئلة) ومن أسلم من أهل العنوة قال ابن حبيب فقد أحرز نفسه وماله وكل ما كسب وأما الارض فللمسلمين واحتج على ذلك بان كل من أسلم على شئ في يده فهو له يريد أسلم على انه له وأما الارض فليست كذلك فانها ليست في

بيده على وجه تملك وانما هي في يده على وجه اجارة ورورى عيسى بن مزين عن عيسى بن دينار من أسلم منهم فهو حر وماله للمسلمين وفي العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم انه يؤخذ منهم أموالهم من العين والرقيق وغير ذلك قال ابن المواز انما يؤخذ منهم ما كان بايديهم يوم الفتح وجه قول ابن حبيب ما احتج به ووجه قول عيسى وابن القاسم ان الارض لا يملكها وما ترك بيده لم يملكه وانما هو كالرقيق في الحائط يستعين به العامل على العمل وهو باق على ملك صاحب الحائط وما اكتسب فعلى هذا الوجه اكتسبه وهذا تقتضيه معاهدته ومعاقدته ووجه قول ابن المواز ان ما اكتسب ملك له وما ترك بيده فعلى ملك من افتتح الارض وانما تركه على وجه العون والله أعلم

﴿ الدفن في قبر واحد من ضرورة وانفاذ أبي بكر عدة النبي صلى الله عليه وسلم بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي صعصعة أنه بلغه ان عمرو ابن الجموح وعبد الله بن عمرو الانصاريين ثم السلميين كانا قد حفر السيل قبرهما وكان قبرهما مما يلي السيل وكانا في قبر واحد وهما ممن استشهد يوم أحد فحفر عنهما ليغير من مكانهما فوجدا لم يتغيرا كأنما ماتا بالامس وكان أحدهما قد جرح فوضع يده على جرحه فدفن وهو كذلك فاميطت يده عن جرحه ثم أرسلت فرجعت كما كانت وكان بين أحد وبين يوم حفر عنهما ست وأربعون سنة

ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي صعصعة أنه بلغه أن عمرو بن الجموح وعبد الله بن عمر والأنصاريين ثم السلميين كانا قد حفر السيل قبرهما وكان قبرهما مما يلي السيل وكانا في قبر واحد وهما ممن استشهد يوم أحد فحفر عنهما ليغير من مكانهما فوجدا لم يغيرا كأنما ماتا بالامس وكان أحدهما قد جرح فوضع يده على جرحه فدفن وهو كذلك فأميطت يده عن جرحه ثم أرسلت فرجعت كما كانت وكان بين أحد وبين يوم حفر عنهما ست وأربعون سنة ﴾ ش قوله انه بلغه أن عمرو بن الجموح وعبد الله بن عمر والأنصاريين كانا قد حفر السيل قبرهما يدل على أنهما دفنا في قبر واحد وذلك أنه لما اشتد على المسلمين حفر القبور يوم أحد لكثرة القتلى وكان قد بلغ منهم التعب والنصب وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال لهم احفروا وأعمقوا وأوسعوا وادفنوا الاثنين والثلاثة في قبر واحد وقدموا أكثرهم قرآنا فعلى هذا يجوز مثل هذا للضرورة قال مالك والا فالسنة أن يدفن كل واحد منهم في قبر وانما يقدم في القبر أفضلهم وهو من كان أكثرهم قرآنا في ذلك الوقت فيجعل مما يلي القبلة ثم يجعل غيره بعد ذلك مما يليه وهذا يقتضي تفضيل النبي صلى الله عليه وسلم لاهل القرآن وحض أصحابه على الاستكثار من أخذه

(فصل) وقوله وهما ممن استشهد يوم أحد فحفر عنهما ليغير من مكانهما عبد الله بن عمرو وعمرو بن الجموح كانا صهرين واستشهدا يوم أحد ودفنا في قبر واحد فحفر السيل قبرهما لما كان مما يليه أو قرب منه فأرادوا نقلهما عن مكانهما ذلك الى موضع لا يضر به السيل فحفر عنهما لينقلا ولا بأس بحفر القبر واخراج الميت منه اذا كان ذلك لوجه مصلحة ولم يكن في ذلك اضرار به وليس من هذا الباب نبش القبور فان ذلك لوجه الضرر أو لغير منفعة

(فصل) وقوله فوجدا لم يتغيرا كأنهما ماتا بالأمس وهذه على ما نعتقده كرامة من الله تعالى خصهما بها ولعله تعالى خص بذلك أهل أحد ومن كان له مثل فضلهما فان تلك الأرض تسرع التغيير الى من دفن فيها ولو كان ذلك أمرا معتادا في تلك الأرض لما ذكره في هذا الحديث على وجه التعجب منه

(فصل) وقوله وكان أحدهما قد جرح فوضع يده على جرحه فدفن وهو كذلك لعله انما ترك على ذلك لاستعجال دفنه وترك التردد والتوقف على تليين أعضائه ويحتمل أن يكون قد تعذر ذلك

فيه الا بتغير شيء من أعضائه و يحتمل أن يكون قد ترك على تلك الحال ليحشر عليها والله أعلم
(فصل) وقوله فأميطت يده عن جرحه ثم أرسلت فرجعت كما كانت يقتضي أنه قد بقيت رطوبة أعضائه ولينها ولو نشفت وذهبت رطوبتها لما أمكن ازالة يده من مكانها الا بكسر شيء من أعضائه وصرفها الى صورة تمنع رجوعها الى مكانها اذا تركت على انه قد كان بين وقت دفنهما ووقت الحفر عنهما ست وأربعون سنة وهذه مدة لا يكاد يبقى معها الميت على المعتاد من الأحوال بقية رطوبة ولا اتصال أعضاء والله أعلم ص ❋ قال مالك لا بأس بان يدفن الرجلان والثلاثة في قبر واحد من ضرورة و يجعل الأكبر منهما مما يلي القبلة ❋ ش قوله لا بأس أن يدفن الرجلان والثلاثة في قبر واحد من ضرورة يدل على أن ذلك لا يفعل الا من ضرورة وكذلك قال أشهب لا يكفنان في كفن واحد الا من ضرورة ولمن فعل ذلك من غير ضرورة حظه من الاساءة (مسئلة) وكذلك يدفنان في قبر واحد من ضرورة و يقدم في اللحد الأكبر و يجعل مما يلي القبلة وهذا معنى التقديم في اللحد وقال أشهب يقدم في اللحد أفضلهما وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقدم في اللحد أكثرهما قرآنا وهذا كله يعود الى معنى الفضيلة فاذا استويا في الفضيلة قدم أكبرهما لان للسن حقا وفضيلة وروى موسى بن معاوية عن ابن القاسم تجعل الرجال مما يلي القبلة ثم تجعل بعدهم الصبيان ثم تجعل بعدهم النساء (مسئلة) قال أشهب واذا دفن رجلان في القبر لم يجعل بينهما حاجز من التراب وذلك انه لا معنى له الا التضييق والله أعلم ص ❋ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه قال قدم على أبي بكر الصديق مال من البحرين فقال من كان له عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأي أو عدة فليأتني فجاءه جابر بن عبد الله فحفن له ثلاث حفنات ❋ ش قوله قدم على أبي بكر الصديق مال من البحرين يريد من مال الله وما ينقل الى بيت مالهم من الجزية التي على الجماجم وخراج الأرض وعشور أهل الذمة اذا تجروا من أفق الى أفق والركاز والمعدن اذا أخذ منه الخمس قال ابن القاسم ولم يذكر ما يؤخذ من أهل الحرب من عشور أو ما صولحوا عليه ❋ قال القاضي أبو الوليد وهذا عندي لاحق بذلك وهذا يحتمل أن ينقل الى المدينة على وجهين أحدهما أن ينقل اليها بعد سد خلة أهل تلك البلاد التي يجبى فيها ذلك المال فهذا حكم كل مال يجبى في جهة من الجهات أن ينظر الى حال تلك الجهة التي جبي فيها وحال سائر تلك الجهات فان استوت حاجتهم وعمهم الشدة أو السعة فرق حيث جبي ولا ينقل الى غيره من البلاد شيء منه رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك اختصاص الجباة (مسئلة) وان كان غيرها من البلاد أحوج نقل الى غيرها ولا يعدى منها من جبيت منهم رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك ان لهم مزية على غيرهم في استحقاقه لاختصاصهم به فلا يجب أن يحرموا منه وان استحق نقل بعضها للحاجة النازلة بغيرهم وقال في المجموعة والموازية وغيرها في الرجل من أهل الشام يبعث ببعض صدقاته الى المدينة فذلك صواب قال محمد وأرى مالكا خص المدينة بذلك لانها بلد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا الذي قاله محمد يحتمل و يحتمل أن يكون مالك انما قال ذلك لان الغالب على أهل المدينة الحاجة وضيق الحال وقد قال في المدونة في الرجل يخرج زكاة ماله فيبلغه عن أهل المدينة حاجة فيرسل اليها ببعض زكاته ما رأيت بذلك بأسا ورأيته صوابا
(فصل) والوجه الثاني أن ينقل الى المدينة لانه بها كان الانفاق واعطاء الأرزاق فكان ينقل ذلك الى من يرزق منه بعد سد الثغور التي كان يجبى منها هذا المال والتفريق على أهلها بقدر ما يغنيهم.

قال مالك لا بأس أن يدفن الرجلان والثلاثة في قبر واحد من ضرورة و يجعل الاكبر مما يلي القبلة ❋ وحدثني عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن انه قال قدم على أبي بكر الصديق مال من البحرين فقال من كان له عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأي أو عدة فليأتني فجاءه جابر بن عبد الله فحفن له ثلاث حفنات

أو يسد حاجتهم فيفرق بالمدينة على أهل الأعطية وعلى من اعتزا الخليفة بها ولزمه من حقوق المسلمين
(مسئلة) فاذا قلنا انه ينقل هذا المال الى موضع تفرقته فمن ماذا يتكارى عليه روى عيسى عن ابن القاسم فى الزكاة تنقل من بلد الى بلد لا يتكارى عليها من الفيء ولكنه يبيع ذلك ويشترى مثله فى موضع القسمة وقال فى العتبية عن مالك يتكارى على ذلك من الفيء أو يبيعه وجه القول الاول انه اذا لم يكن لحمله وجه فالصواب بيعه وتبليغ ثمنه الى موضع قسمته اذ لا بد من الكراء عليه والكراء عليه من جملته يخرج للزكاة عن وجهها واخراجها من الفيء ظلم لاهل الفيء فلم يبق الا ما ذكرناه ووجه القول الثانى ان النظر فى ذلك للامام بالذى هو أحوط لمستحق هذا المال فقد يكون البيع تارة أفضل وقد يكون الحمل والكراء عليه أفضل وأحوط لرخصه بموضع البيع وغلائه بموضع الشراء واذا كان الصواب الكراء عليه فيكون ذلك من الفيء لانه موقوف لمنافع المسلمين والزكاة مقصورة على وجوه لا يجوز اخراجها عنها

(فصل) وقول أبى بكر رضى الله عنه من كان له عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأى أو عدة فليأتنا الوأى العهد وهو قريب من العدة فى هذا الموضع واستدعى أبو بكر رضى الله عنه من كان له عند رسول الله صلى الله عليه وسلم عدة ليفى بها و ينجز عدته إذ هو الخليفة والقاضى عنه ماوعد به والمتبع لسيرته والقائم بانفاذ وصاياه وما وعد به النبى صلى الله عليه وسلم فهو حق يحق على أبى بكر وغيره ممن يأتى بعده انفاذه وقد جاء جابر الى أبى بكر فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لى لو قد جاء مال البحرين أعطيتك هكذا وهكذا وهكذا و يحتمل أن يكون جابر ثبت ذلك عنده بشهادة عدلين و يحتمل أن يكون أبو بكر قبل قوله فى ذلك لما رآه أهلا لذلك وكان من حسن النظر أن يعطيه وان لم يكن النبى صلى الله عليه وسلم وعده وقد قال مالك رحمه الله قد يعطى الوالى الرجل المال جائز لأمر يراه فيه على وجه الدين أى وجه الدين من الوالى (مسئلة) فان كان على وجه العدة فهل هى لازمة يحتمل أن تكون مواعد النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا لازمة لان وعده حق وصواب ولم يعد من ماله عطية وانما وعد من بيت المال فكأنه عين لمن وعده ذلك المقدار فى بيت المال وتعيينه صواب فيجب أن ينفذ و يحتمل أن يكون حكمه فى ذلك حكم غيره ولا يخلو أن يكون الوعد يدخل الانسان فى أمر أو لا يدخله فيه مثل أن يقول له اشتر ثوبا أو دابة وأنا أعينك على ذلك بدينار أو أسلفك الثمن أو أسلفك منه كذا فهذا اتفق أصحابنا ان هذه العدة لازمة يحكم بها على الواعد (مسئلة) وأما ان كانت عدة لا تدخل من وعد به فى شئ فلا يخلو من أن تكون مفسرة أو مبهمة فان كانت مفسرة مثل أن يقول الرجل للرجل أعرنى دابتك الى موضع كذا فيقول أنا أعيرك غدا أو يقول على دين فاسلفنى مائة دينار أقضه فيقول أنا أسلفك فهذا قال أصبغ فى العتبية يحكم بانجاز ما وعد به كالذى يدخل الانسان فى عقد وظاهر المذهب على خلاف هذا لانه لم يدخله بوعده فى شئ يضطره الى ما وعده (مسئلة) وأما ان كانت مبهمة مثل أن يقول له أسلفنى مائة دينار ولا يذكر حاجته اليها أو يقول أعرنى دابتك أركبها ولا يذكر له موضعا ولا حاجة فهذا قال أصبغ لا يحكم عليه بها (فرع) فاذا قلنا فى المسئلة الاولى انه يحكم عليه بالعدة اذا كان لامر أدخله فيه مثل أن يقول له انكح وأنا أسلفك ما تصدقها فان رجع عن ذلك الوعد قبل أن ينكح من وعد فهل يحكم عليه بذلك أم لا قال أصبغ فى العتبية يلزمه ذلك و يحكم به عليه ألزمه ذلك بالوعد وبالله التوفيق

(فصل) وقوله فحفن له ثلاث حفنات امتثالا لصفة موعد النبى صلى الله عليه وسلم وقد روى انه كان

فى كل حفنة خمسمائة دينار والله أعلم تم كتاب الجهاد بحمد الله

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم . وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب النذور والايمان ﴾

﴿ ما يجب من النذور فى المشى ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عبد الله بن عباس أن سعد بن عبادة استفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان أمى ماتت وعليها نذر ولم تقضه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقضه عنها ﴾ ش قوله ان سعد بن عبادة استفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد سأله سؤال الملتزم لحكمه الراجع الى قوله وذلك يسمى مستفتيا وقول المفتى له يسمى فتوى وذلك انما يكون لجميع الامة مع النبى صلى الله عليه وسلم أو للعامى مع العالم على وجه الاختبار له والمذاكرة أو على وجه الاستفتاء فأما العالمان اللذان يسوغ لكل واحد منهما الاجتهاد مع وجود الآخر فانه اذا سأل أحدهما الآخر لا يخلو أن يسئله على وجه الاختبار والمذاكرة أو على وجه الاستفتاء والتقليد فأما سؤاله على وجه المذاكرة والمناظرة فان ذلك ليس باستفتاء بل هو مذاكرة ومناظرة وذلك جائز لهما اذا التزما شروط المناظرة من الانصاف وقصد اظهار الحق والتعاون على الوصول اليه وتبيينه وسلما من المراء وقصد المغالبة وقد فعل ذلك الصحابة ومن بعدهم من العلماء الى وقتنا هذا وأما سؤاله اياه مستفتيا فانه لا يجوز مع تساويهما فى العلم و يمكن السائل من النظر والاستدلال لان فرض كل واحد منهما الاجتهاد دون السؤال وان كان لأحدهما شفوف فى العلم فهل يجوز للذى دونه أن يقلده مع تمكنه من النظر والاستدلال الذى عليه جمهور العلماء ان ذلك لا يجوز له وقال بعض أصحاب أبى حنيفة ذلك جائز له والدليل لما ذهب اليه الجمهور ما قدمناه من ان فرضه الاجتهاد دون السؤال (مسئلة) وأما ان خاف العالم فوات الحادثة فهل له أن يستفتى غيره ذهب القاضى أبو محمد الى جواز ذلك ومنع منه سائر أصحابنا وقالوا تخلى القضية من قوله و يتركها لغيره وهذا يتصور فيما يستفتى فيه وأما ما يخصه فلا بد منه كما قاله القاضى أبو محمد والله أعلم وقد بسطت القول فى ذلك كله وفى صفة المفتى وصفة المستفتى فى غير هذا الكتاب مما يغنى عن اعادته (فصل) وقوله ان أمى ماتت وعليها نذر لم تقضه يقتضى ان النذر مباح جائز لان سعدا ذكر ان أمه نذرت وسمع ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينكره بل أمره أن يقضيه عنها ولا خلاف فى جوازه وأما ما روى عن عبد الله بن عمر نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن النذر وقال انه لا يرد شيأ ولكنه يستخرج من البخيل فانما معنى ذلك أن تنذر لمعنى من أمر الدنيا مثل أن يقول ان شفى الله مرضى أو قدم غائبى أو نجانى من أمر كذا أو رزقنى كذا فانى أصوم يومين أو أصلى صلاة أو أتصدق بكذا فهذا المكروه المنهى عنه وانما كان يستحب أن يكون فعله ذلك لله تبارك وتعالى رجاء ثوابه وأن يكون نذره على ذلك الوجه دون تعلق نذره بشئ من أمر الدنيا وغرضها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان النذر يلزم فى الجملة والأصل فيه قوله تعالى يوفون بالنذر و يخافون يوما كان شره مستطيرا ومن جهة السنة ما روى عمران بن حصين عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال خيركم قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يجىء قوم ينذرون ولا يوفون و يخونون ولا يؤتمنون و يشهدون ولا يستشهدون و يظهر فيهم السمن فعاب النبى صلى الله عليه وسلم القرن بأهله ينذرون ولا يوفون وهذا يدل على انه

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب النذور والايمان ﴾

﴿ ما يجب من النذور فى المشى ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة ابن مسعود عن عبد الله ابن عباس أن سعد بن عبادة استفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان أمى ماتت وعليها نذر ولم تقضه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقضه عنها

غير جائز ولا مباح ولو كان جائزا ترك الوفاء بالنذر لما عاب به القرن
(فصل) وقوله ان أمي ماتت وعليها نذر يحتمل أن يكون مطلقا ويحتمل أن يكون مقيدا فالمطلق مثل أن يقول المكلف لله على نذر ولا يجعل له مخرجا والمقيد مثل أن يقول لله على نذر صوم يوم أو صلاة ركعتين أو صدقة بدينار أو حج أو غير ذلك من أعمال البر فكلا النذرين جائز فان كان مطلقا فان فيه كفارة يمين عند مالك وعن الشافعي في ذلك قولان أحدهما انه لا ينعقد هذا النذر والثاني انه ينعقد ويجب عليه أقل ما يقع عليه الاسم والدليل على صحة انعقاده قوله تعالى وليوفوا نذورهم ودليلنا من جهة السنة خبر ابن عباس هذا وفيه من قول سعد ان أمي ماتت وعليها نذر والاظهر انه مطلق لانه لو كان مقيدا الاستفسره النبي صلى الله عليه وسلم عما نذر لان من النذر المقيد ما يجب الوفاء به ومنه ما لا يجب الوفاء به وهو أن يكون مباحا ومنه ما لا يحل الوفاء به وهو أن ينذر محرما فلما كان النذر المقيد يتنوع الى ما لا يجوز والى ما يجوز كان الأظهر انه لو كان مقيدا لسأله عن وجه نذرها ليميز منه ما يجوز مما لا يجوز وبحسب ذلك يكون الجواب ولما لم يسئل كان الأظهر انه النذر المطلق الذى لا يكون منه ما يجوز وما لا يلزم ودليلنا من جهة القياس انه نذر قصد به القربة فوجب أن يتعلق به الوجوب أصل ذلك اذا كان مقيدا بما فيه قربة
(فصل) واذا قلنا ان نذر أم سعد من جهة اللفظ يصح أن يكون مطلقا ويصح أن يكون مقيدا فقد مضى الكلام في النذر المطلق فأما المقيد فانه قد يقيد بما فيه قربة ويقيد بمباح لا قربة فيه ويقيد بمحرم فاذا قيد بما فيه قربة فانه يلزم وان لم يعلق بشرط ولا صفة مثل قوله لله على أن أصلي صلاة أو أصوم صوما وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزم النذر وان كان مقيدا الا أن يعلق بشرط أو صفة مثل أن يقول لله على صوم يوم أو صلاة أو صدقة ان قدم غائبي أو نزل المطر اليوم أو فرج عن المريض والدليل على ما نقوله قوله تعالى يوفون بالنذر ويخافون يوما ولم يفرق بين التعلق بصفة ولا بغير صفة فيجب أن يحمل على عمومه ودليلنا من جهة السنة ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه ودليلنا من جهة القياس انه ألزم نفسه من جهة النذر ما يلزم الوفاء بجنسه فوجب أن يلزمه أصل ذلك اذا علق بصفة (مسئلة) ويلزم النذر على وجه اللجاج والغضب وقال الشافعي هو مخير في نذره على اللجاج بين أن يكفر كفارة يمين وبين أن يفي به والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى أوفوا بالعقود والوفاء بها أن يأتي بها على حسب ما التزمها ودليلنا من جهة السنة قوله صلى الله عليه وسلم من نذر أن يطيع الله فليطعه ودليلنا من جهة القياس ان هذه حال يلزم فيها الوفاء بالطلاق والعتاق فلزم فيها الوفاء بسائر القرب كحال الرضى
(مسئلة) وأما اذا نذر أمرا مباحا كالجلوس والقيام والاضطجاع فلا يلزمه بذلك شئ وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال ابن حنبل هو مخير بين فعله وبين كفارة يمين ودليلنا على صحة ما نقوله أن هذا نذر ما ليس بقربة فلم ينعقد نذره أصل ذلك اذا نذر معصية
(فصل) وقوله ان أمي ماتت وعليها نذر لم تقضه يحتمل أنها لم تقضه ولم يجب عليها بعد وان كانت قد انعقدت يمينها به ويحتمل أنها لم تقضه وقد وجب عليها فاما ان لم تكن قضته لأنه لم يجب عليها بمثل أن تقول لله على نذر ان قدم فلان أو ان شفى فلان أو ان جاء فلان هذا الشهر فماتت قبل ذلك فانه لا يلزمها قضاؤه وان فعلت فحسن مثل ما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انى نذرت اعتكاف يوم في الجاهلية فقال له صلى الله عليه وسلم أوف بنذرك فأمره

صلى الله عليه وسلم بالوفاء به لأنه التزمه فى حال كفره وتلك حال لا يلزم ما نذر فيها (مسئلة) ومن ذلك أن تقول علىّ نذر ان كلمت فلانا فأرادت أن تكفر نذرها قبل أن تحنث فيه وقد اختلف قول مالك فى كفارة اليمين قبل الحنث فقال مرة لا تجوز وبه قال أبو حنيفة وقال مرة تجوز وبه قال الشافعى وجه القول الاول أنه كفارة فلا يجوز تقديمها على موجبها أصل ذلك كفارة القتل ووجه الرواية الثانية ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت الذى هو خير ومن جهة القياس أن الكفارة معنى يحل اليمين فجاز أن تتقدم على الحنث كالاستثناء (مسئلة) فأما اذا وجب ذلك عليها مثل أن تقول لله على نذر ان قدم فلان أو ان كلمت فلانا فوجب عليها بقدوم فلان أو بان كلمت فلانا ثم ماتت قبل أن تقضى فلا يخلو أن يكون ذلك لتعذر القضاء بسرعة موتها قبل أن تقضى نذرها ولعلها ماتت فجأة وقد روى عن سعد ابن عبادة ويحتمل أن تكون أخرت لجواز تأخيره لأنه لا يلزم من حنث فى يمين أن يكفر حين الحنث وله تأخيرها ما لم يغلب على ظنه الفوات لكنه يستحب له التعجيل ليبرئ ذمته مما لزمه فقول سعد وعليها نذر على هذا الوجه بين لأن لفظة على انما تستعمل فيما يلزم الانسان ويجب عليه وأما على الوجه الاول فانه يصح أن يقال أيضا عليها نذر بمعنى انها كانت عقدته والتزمته وان لم يجب بعد عليها أداؤه ولكنه فى الوجه الثانى أظهر وأبين

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اقضه عنها يقتضى أنه يصح أداء ذلك عنها وان ذلك يبرئها ويقضى عنها وان كان لفظه لفظ الامر فان مقتضاه الندب لقوله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى فلا يجوز أن يلزمه هو النذر بنذرها والتزامها ويوجب ذلك عليه القضاء عنها (مسئلة) اذا ثبت ذلك من أنه لا يجب عليه ولا يجوز له فعله فانه ان كان نذرا مطلقا فان كفارته كفارة يمين وهو معنى متعلق بالمال وان كان مقيدا فانه لا يخلو أن يكون مختصا بالمال كالصدقة والعتق أو يكون مختصا بالبدن كالصلاة والصيام أو يكون له تعلق بهما كالحج والجهاد فان كان مختصا بالمال كالصدقة والعتق والتحبيس فى سبيل الله فانه لا خلاف فى جواز النيابة فيه وان لمن شاء أن يقضيه عن الميت وينوب فى ذلك بنية عن نية الميت فما كان منها مختصا بالبدن كالصلاة والصيام فانه لا يصح أن يقضيه أحد عنه ولا ينوب فيه عنه وان كان مما يتعلق بالمال والبدن كالحج فقد قال مالك انه يجوز أن ينفذ فيه وصية الموصى بان يحج عنه وهذا يقتضى أنه يصح أن يحج عنه من شاء من ورثته بعده وقد تقدم بيانه فى كتاب الحج فاذا قلنا ان قول سعد ان أمى ماتت وعليها نذر يقتضى النذر المطلق فان معناه المال لأن كفارته كفارة يمين ولا خلاف فى صحة النيابة فى ذلك واذا قلنا انه يحتمل النذر المقيد فان الظاهر انه مقيد بما يختص بالمال أو بما له تعلق بالمال والبدن ولذلك أمره أن يقضيه عنها ولو كان مما يختص بالبدن لم يأمره بذلك لأن النيابة لا تصح فيه كما لا تصح فى فروضه (مسئلة) ومن ناب عن غيره ممن نذر المشى الى مكة فلم يقضه هل ينوب عنه فى المشى بقدمه ص * مالك عن عبد الله بن أبى بكر عن عمته أنها حدثته عن جدته أنها كانت جعلت على نفسها مشيا الى مسجد قباء فماتت ولم تقضه فأفتى عبد الله بن عباس ابنتها أن تمشى عنها قال يحيى وسمعت مالكا يقول لا يمشى أحد عن أحد * ش قوله جعلت على نفسها مشيا الى قباء يقتضى أنها اعتقدت كونه قربة لمن قرب منه ويدل على ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأتى قباء راكبا وماشيا فمن كان بالمدينة ونذر مشيا الى مسجد قباء فقد روى ابن حبيب عن ابن وهب عن مالك فيمن نذر مشيا الى مسجد وهو معه بالبلد

* وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن أبى بكر عن عمته أنها حدثته عن جدته أنها كانت جعلت على نفسها مشيا الى مسجد قباء فماتت ولم تقضه فأفتى عبد الله بن عباس ابنتها أن تمشى عنها قال يحيى وسمعت مالكا يقول لا يمشى أحد عن أحد

فانه يمشي اليه ويصلي فيه وقد أوجبه ابن عباس في مسجد قباء قال وقباء على ثلاثة أميال من المدينة وفي كتاب ابن المواز فيمن نذر أن يصلي في مسجد غير المساجد الثلاثة فليصل بموضعه ويجزئه الا أن يكون قريبا جدا فليأته ويصل فيه. وهذا على ما رواه ابن عباس وأفتى به من نذرته من نساء أهل المدينة وأما من كان بغير المدينة ممن يتكلف اليه سفرا فانه لا يجوز قصده ومن نذر ذلك لم يلزمه والاصل في ذلك حديث أبي بصرة الغفاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تعمل المطي الا الى ثلاثة مساجد مسجدي هذا والمسجد الحرام ومسجد إيلياء فالمشي الى مسجد قباء ممن قرب منها ليس من اعمال المطي فأما من نذر مشيا اليه ممن على بعد ممن يكون من جهته اعمال المطي أو نذر مشيا الى مسجد الكوفة أو البصرة أو غيرهما من البلاد للصلاة فيه فمن هو منها على سفر لم ينعقد نذره لأنه نذر نذرا محظورا ممنوعا منه وأما من نذر اتيان مكة فانه يلزمه ذلك وبه قال جماعة الفقهاء وسيأتي ذكره بعد هذا مستوعبا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما من نذر مشيا الى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أو مسجد بيت المقدس فان عند مالك يلزمه ذلك خلافا للشافعي في قوله لا يلزمه ذلك والدليل على صحة ما نقوله الحديث المتقدم في قوله لا تعمل المطي الا الى ثلاثة مساجد وهذا يقتضي اعمالها الى كل واحد منها والصلاة فيها قربة فوجب أن يلزم بالنذر ودليلنا من جهة القياس ان هذا مسجد ورد الشرع باعمال المطي اليه فوجب أن يلزم قصده بالنذر كالمسجد الحرام (مسئلة) اذا ثبت انه يلزم بالنذر قصدها فهل يلزم المشي لمن نذر المشي اليه قال مالك يأتيها راكبا ولا شئ عليه وقال ابن وهب يأتيها ماشيا وان بعد وفي كتاب ابن المواز يأتيها راكبا وهل ان كان قريبا مثل الأميال اليسيرة أتاها ماشيا وهذا خفيف وقيل لا يمشي وان كان ميلا وجه القول الأول في نفي وجوب المشي ان هذين المسجدين لا تتعلق القربة فيهما بالمشي فلذلك لم يلزم المشي اليهما لمن نذره ووجه الرواية الثانية ان هذا مسجد يلزم اتيانه من نذره فلزم المشي اليه لمن نذره كالمسجد الحرام

(فصل) وقوله فماتت ولم تقضه على ما تقدم وقوله فأفتى عبد الله بن عباس ابنتها أن تمشي عنها أجراه مجرى ما تصح فيه النيابة من الحج وذلك انه نذر متعلق بقطع مسافة هي في نفسها قربة فجاز أن تدخله النيابة كالحج والجهاد وعلى هذا القول تدخل النيابة في قصد مسجد النبي صلى الله عليه وسلم وقصد مسجد المقدس وقد قال مالك في العتبية في التي نذرت المشي الى مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم فماتت قبل ذلك لا يفعل ذلك أحد عن أحد وان شاؤا تصدقوا عنها بقدر كرائها وزادها ذاهبة وراجعة وهذا لا يمنع ما ذكرناه من النيابة لو أوصت به لان هذا حكم من التزم المشي الى مكة لا يحج أحد عنه وان شاؤا تصدقوا بقدر النفقة ولو أوصى به لنفذت وصيته * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ويحتمل عندي أن يكون حكم قباء غير حكم المسجد الحرام لان قطع المسافة التي تتعلق بنفقة المال اليه ليست بقربة وانما القربة في الصلاة فيه خاصة وحكمه في قطع المسافة اليه حكم سائر المساجد وهذا عندي أظهر والله أعلم

(فصل) وقول مالك لا يمشي أحد عن أحد يحتمل أن يريد به في حج ولا غيره ويحتمل أن يريد به في المشي الى قباء خاصة وحمله على عمومه أظهر لقولنا بالعموم لان المشي عمل يختص بالبدن ولا تعلق له بالمال وان كان المشي الى مكة تعلق بالمال والبدن ص * مالك عن عبد الله بن أبي حبيبة قال قلت لرجل وأنا حديث السن ما على الرجل أن يقول علي مشي الى بيت الله ولم يقل علي نذر

* وحدثني عن مالك عن عبد الله بن أبي حبيبة قال قلت لرجل وأنا حديث السن ما على الرجل أن يقول علي مشي الى بيت الله ولم يقل علي نذر

مشى فقال رجل هل لك أن أعطيك هذا الجرو لجرو قثاء بيده وتقول على مشى الى بيت الله قال فقلت نعم فقلته وأنا يومئذ حديث السن ثم مكثت حتى عقلت فقيل لى ان عليك مشيا فجئت سعيد ابن المسيب فسألته عن ذلك فقال عليك مشى فمشيت قال مالك وهذا الأمر عندنا * ش قوله قلت وأنا حديث السن يريد انه لم يكن فقه بعد لصغر سنه وحداثته وانه لم يبلغ من السن مبلغا يتسع لتفقهه فى مثل هذا من الأمور التى تندر وليست بمعتادة كالصوم والصلاة التى تتكرر ويلزم التفقه فيها من أول العمر وروى ابن حبيب عن مالك قال وكان عبد الله بن أبى حبيبة يومئذ قد بلغ الحلم الا انه كان صغيرا بعد ثان بلوغه

(فصل) وقوله أعلى الرجل أن يقول على مشى الى بيت الله ولم يقل على نذر مشى يريد انه لا شئ عليه فى قوله على مشى الى بيت الله ولا يلزمه به حج ولا غير ذلك مما يتعلق به النذر حتى يتلفظ بالنذر فيقول على نذر مشى الى بيت الله فاعتقد ان لفظ الالتزام والايجاب اذا عرا من لفظ النذر لم يجب عليه به شئ وهذا لانه لم يكن تفقه فى هذه المسئلة ولا عرف حكمها ولا ما يلزم منها ولعل ذلك أمر قام فى نفسه من غير نظر ولا تأمل فاعتقد صحته والذى روى ابن المواز وغيره عن مالك ان ذلك سواء يلزمه المشى الى مكة ذكر النذر أو لم يذكره وبذلك أجابه سعيد بن المسيب وقد روى عن سعيد والقاسم بن محمد انه لا يلزمه شئ حتى يذكر النذر وقد جعلاه من باب الخبر على أن اسناده عن سعيد بن المسيب ضعيف

(فصل) وقول الرجل له هل لك ان أعطيك هذا الجرو لجرو قثاء بيده وتقول على مشى الى بيت الله على معنى الانكار لقوله والحمل له على تعب المشى الى بيت الله ان لم يرجع عن قوله ذلك واعتقد انه يغتنم منه أخذ جرو القثاء لغير سبب ومثل هذا مما يجب أن لا يفعل فربما حمل الانسان لاسيما من لا علم عنده اللجاج على التزام ما يشق عليه وربما لم يمكنه الوفاء به وقد كان الأولى أن يعلمه بوجه الصواب فيما قال فان أناب اليه والاحضه على السؤال عنه لكنه ربما اعتقد فيه انه اذا لم يلتزم هذا القول أغفل السؤال عنه والبحث عن الصواب فيه

(فصل) وقول عبد الله بن أبى حبيبة على مشى الى بيت الله على ذلك الوجه من باب النذر على سبيل اللجاج وقد تقدم من قولنا انه يلزم اذا كان مما يلزم مثله لانه قربة وقد أمره ابن المسيب بالوفاء به وأعلمه أن المشى الذى التزمه لازم له (مسئلة) وقوله ثم مكثت حتى عقلت يريد انه عقل أمره وأقبل على أمر دينه والاهتبال بما يلزمه منه ومجالسة أهل الدين والعلم ومذاكرتهم لما جرى له من ذلك فقيل له ان عليه المشى على حسب ما التزمه ولان ترك التلفظ بالنذر لا يمنع أن يجب عليه ما التزمه (مسئلة) وقوله فسألها عن ذلك سعيد بن المسيب يحتمل أن يكون الذين أخبروه بوجوب ذلك عليه لم يكونوا عنده من أهل العلم والاجتهاد فلم ير تقليدهم فى ذلك حتى سأل عنه ابن المسيب لانه كان أعلم وقته بعد الصحابة وقد اختلف الناس فيمن نزلت به نازلة من العامة ممن يقلد فى ذلك ويقول من يأخذ بلا خلاف يجوز له الأخذ بقول أفضلهم وأعلمهم وهل يجوز له الأخذ بقول غيره اذا كملت له آلات الاجتهاد اختلف الناس فى ذلك * قال القاضى أبو الوليد وعندى انه يجوز له الأخذ بقول من شاء منهم وقد قال قوم من أهل الأصول ليس له الأخذ الا بقول أفضلهم وأعلمهم والدليل على ما نقوله انه لا خلاف ان بعض الصحابة كان أفضل من بعض وأعلم وقد كان جميع فقهائهم يفتى وينتهى الناس الى قوله ويأخذون به ولو وجب الاقتصار على قول أفضلهم وأعلمهم لما جاز لغيره أن يفتى

مشى فقال لى رجل هل لك أن أعطيك هذا الجرو جزو قثاء بيده وتقول على مشى الى بيت الله قال فقلت نعم فقلته وأنا يومئذ حديث السن ثم مكثت حتى عقلت فقيل لى ان عليك مشيا فجئت سعيد بن المسيب فسألته عن ذلك فقال لى عليك مشى فمشيت قال مالك وهذا الأمر عندنا

(فصل) وقول ابن المسيب عليك مشي على سبيل الفتوى والجواب عن مشيه الذى سأل عنه من قوله على مشي الى بيت الله وفى ذلك مسئلتان احداهما ان ماسأل عنه من قوله على مشي يلزم دون أن يقترن به لفظ النذر ووجه ذلك ان النذر لايفيد أكثر من التزام ماجعله على نفسه وقوله على مشي الى بيت الله تصريح بذلك ونص فيه فوجب أن يلزمه وان جاز ان يتأول فى قوله على مشي الى بيت الله ولايذكر حجا ولاعمرة فلايخلو أن تكون له نية أولانية له فان كانت له نية فهو على مانوى فان نوى مكة أو مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أو مسجد بيت المقدس فهو على مانوى وان نوى مسجدا من المساجد غيرها فله نيته ولايلزمه المشي الى غير مانوى رواه ابن وهب عن مالك فى المدونة ووجه ذلك ان اللفظ واقع على كل مسجد فاذا نوى مايتناوله اللفظ كان ذلك له لاسيما فيما لايحكم به عليه وان لم تكن له نية فقد قال مالك فى المدونة يلزمه المشي الى مكة ووجه ذلك ان هذا اللفظ وان كان واقعا على سائر البيوت والمساجد فانه أظهر فى المساجد منه فى البيوت وهو فى مكة على طريق الاختصاص أظهر منه فى سائر المساجد كما أن عبد الله ورسوله واقع على سائر الرسل الا انه فى نبينا صلى الله عليه وسلم أخص ووجه الاختصاص أظهر فيجب أن يحمل عليه

(فصل) وقوله فشيت يريد انه التزم ذلك وقلد ابن المسيب فيما أفتاه به فشى الى مكة فى حج أو عمرة وسنبين أحكام ذلك بعد هذا ان شاء الله وقول مالك وعلى هذا الأمر عندنا يريد من فتوى ابن المسيب فى ذلك وليس قول مالك هذا عند ابن القاسم ولاأكثر رواة الموطأ

﴿ ماجاء فيمن نذر مشيا الى بيت الله فعجز ﴾

ص ﴿ مالك عن عروة بن أذينة الليثى أنه قال خرجت مع جدة لى عليها مشي الى بيت الله حتى اذا كنا ببعض الطريق عجزت فارسلت مولى لها يسأل عبد الله بن عمر فخرجت معه فسأل عبد الله بن عمر فقال له عبد الله مرها فلتركب ثم لتمش من حيث عجزت قال مالك ونرى عليها مع ذلك الهدى * مالك أنه بلغه ان سعيد بن المسيب وأباسلمة بن عبد الرحمن كانا يقولان مثل قول عبد الله بن عمر ﴾ ش قوله خرجت مع جدة لى عليها مشي الى بيت الله يقتضي اعتقاد وجوب ذلك عليها والأظهر انها لاتتكلف ذلك وتبلغ منه مايشق عليها ان تعجز عن اتمامه الابعد ان توجب ذلك على نفسها ان كانت من أهل العلم أو تسأل عن ذلك غيرها ممن يعتقد انه يلزمها تقليده فافتاها بذلك و بوجوب المشي * قاله على بن أبى طالب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس والدليل على ذلك ماروى عن عقبة بن عامر انه قال نذرت أختى أن تمشى الى بيت الله فأمرتنى أن استفتى لها النبي صلى الله عليه وسلم فاستفتيت النبي صلى الله عليه وسلم قال لتمش ولتركب و ووجه ذلك من جهة المعنى ان الحج قربة تلزم من نذرها والمشي اليه نوع من السير اليه وذلك مشروع ممايتقرب به كالمشي الى المساجد والجنائز والجمع والطواف والسعي فلزمه نذره على الصفة التى التزمها (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففى ذلك ست مسائل احداها فى تعليق المشي بمكان يلزم المشي اليه وتبيينه ممالايلزم والثانية فيمايلزم بالنذر من المشي والمسير والثالث فى ابتداء ذلك فى الزمان والمكان والرابعة فى العمل فيه والخامسة فى انتهائه والسادسة فى مشاركة غيره له * فاما المسئلة الأولى فان المشي يتعلق بالأماكن على ثلاثة أضرب ضرب اذا علق المشي به وجب المسير اليه والمشي فيه وضرب اذا علق المشي به لم يجب المسير اليه ولا المشي فيه وضرب اذا علق المشي به وجب المسير اليه ولم يجب المشي * فاما الاول فان منه مااتفق عليه

﴿ ماجاء فيمن نذر مشيا الى بيت الله فعجز ﴾

* حدثنى يحيي عن مالك عن عروة بن اذينة الليثى انه قال خرجت مع جدة لى عليها مشى الى بيت الله حتى اذا كنا ببعض الطريق عجزت فارسلت مولى لها يسأل عبد الله بن عمر فخرجت معه فسأل عبد الله بن عمر فقال له عبد الله ابن عمر مرها فلتركب ثم لتمش من حيث عجزت قال يحيي وسمعت مالكا يقول وأرى عليها مع ذلك الهدى * وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وأباسلمة بن عبد الرحمن كانا يقولان مثل قول عبد الله بن عمر

أصحابنا ومنه ما اختلفوا فيه فأما تعليق المشي بالبيت كقولك الى بيت الله أو الى الكعبة أو لشئ منه كقولك الى الركن أو الحجر أو بما يشتمل عليه البيت من جهة البنيان كقولك الى المسجد الحرام أو الى مكة فهذا لا خلاف في المذهب في وجوب المسير والمشي وقد اختلفت الرواية عن ابن القاسم في الحاق الحجر والحطيم بذلك وقال أصبغ اذا سمى شيأ مما بقربة مكة كقولك الصفا والمروة وأبي قبيس وقعيقعان وأجنادين والأبطح والحجون وشبه ذلك لزمه واذا سمى ماهو خارج من قربة مكة لم يلزمه وقال ابن حبيب اذا سمى شيأ مما في الحرم كمنى والمزدلفة وغير ذلك لزمه وان سمى شيأ مما هو خارج الحرم لم يلزمه الا عرفة وقد روى القاضي أبو اسحق مثل هذا عن أشهب وزاد الا أن ينوي الموضع المسمى بعينه فلا يلزمه وبهذا قال الشافعي الا ذكر عرفة وقال أبو حنيفة لا يلزمه في القياس شئ من ذلك كله ونستحسنه اذا قال الى بيت الله أو الكعبة ومكة فوجه قول ابن القاسم انه علق المشي بغير البيت مما لا يشتمل عليه بالبنيان فلم يلزمه أصل ذلك اذا علقه بسائر البلاد وقولنا مما لا يشتمل عليه بالبنيان احترازا من قوله على المشي الى الحرم فقد قال ابن القاسم لا يلزمه ومعنى ذلك انه لا يشتمل على البيت بالبنيان وهذا فارق قوله على المشي الى مكة والى المسجد الحرام لان مكة والمسجد الحرام يشتملان على البيت بالبنيان ووجه قول أصبغ ما احتج به ابن حبيب من قوله ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ومعنى ذلك ان هذا الحكم عنده مختص بحاضري المسجد الحرام وهي القربة وما كان فيها * وأما المسئلة الثانية فيما يلزم من نذر مشيا أو مسيرا فقد ذكرنا ان من نذر مشيا الى مكة انه يلزمه المشي اليها لانه صرح بالمشي وان صرح بهذا المشي فنذر الركوب الى مكة أو لم يصرح فنذر الانطلاق الى مكة أو المسير اليها ففي المدونة عن ابن القاسم قولان أحدهما الركوب وبه قال أشهب والثاني انه لا شئ عليه إلا أن ينوي حجا أو عمرة وجه القول الأول ان مكة تتعلق بها عبادة وهي الحج والعمرة فاذا نذر المضي اليها لزم بمجرد النذر وان لم تقترن بنذره نية كمن نذر المضي الى مسجد الرسول عليه الصلاة والسلام ووجه القول الثاني ان هذا اللفظ لا يستعمل في المضي الى مكة على وجه النذر والقسم فلذلك لم يلزم به حكم حتى تقترن به نية القربة كمن نذر المضي الى المدينة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام ومعنى قول ابن القاسم في القول الأول عليه الركوب يريد فيمن نذر الركوب الى مكة وقد قال ابن المواز عن أشهب في هذا ان أراد المشي لم يجزه ذلك لانه أراد التخفيف عن نفسه وأما الذي ينذر المسير أو الذهاب فهو مخير بين الركوب والمشي لان نذره لم يتعلق بأحدهما بلفظ ولا نية (فرع) اذا ثبت ذلك فمن نذر مشيا أو مضيا فلا يخلو أن يقيد ذلك بحج أو عمرة أو يطلقه فان قيد ذلك بحج أو عمرة وكان تقييده ذلك بلفظ أو نية لزمه على ما التزمه ولم يجزله أن يقضيه ولا شيأ منه في غير ما قيده به في رواية ابن القاسم عن مالك وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان قيده بحج لم يجزله أن يقضي ما فاته من مشيه في عمرة وان قيده بعمرة جازله أن يقضي ما فاته منه في حج لان عمل الحج أكثر وجه قول مالك انه قد قيد نذره بنسك فلا يجوز له أن يؤديه ولا يقضي شيأ منه في غيره أصل ذلك ان قيده بالحج فليس له أن يؤدي مشيا ولا يقضي شيأ منه في عمرته (فرع) فان لم يقيده بلفظ ولا نية لم يجزله أن يجعل مشيه في مسير حج ولا عمرة رواه ابن وهب عن مالك ووجه ذلك أن المضي في نفسه ليس بقربة الا اذا كان لاداء عبادة فلذلك لم يلزم بالنذر الا على وجه القربة فاذا قلنا لا يلزمه من أحدهما جازله أن يجعل ذلك في حج أو عمرة * وأما المسئلة الثالثة في ابتداء ذلك في الزمان والمكان فان ذلك أيضا على وجهين أحدهما أن

يقيده بزمان أو مكان فيلزمه على ماقيده به مثل أن يقول على مشى الى مكة من موضع كذا أو على احرام بحج من موضع كذا أو فى شهر كذا لما يستقبل وسواء قيد ذلك بالنطق أو النية رواه ابن المواز عن مالك (فرع) فان أطلق ولم يقيد ذلك فحلف بالمشى الى مكة بموضع وحنث بغيره فقد روى ابن حبيب عن مالك يلزمه المشى من موضع يمينه وروى ابن المواز عن عبد الملك انه يمشى من حيث شاء من ذلك البلد وقال عن مالك الا أن يكون يمينه بمكة فانه يخرج الى الحل فيمشى منه محرما فان جهل فاحرم من مكة خرج الى الحل محرما ومشى منه ووجه ذلك ان يمينه بالمشى الى مكة يقتضى المشى من حيث حلف لان ذلك مقتضى لفظه مع الاطلاق لان موضع حنثه لا يعلمه حين يمينه فلزم المشى من موضع يمينه فان كان بمكة واقتضى لفظه المشى اليها لزمه المشى اليها وذلك من حيث شاء وأقرب المواضع يجزئه من ذلك وهو أدنى الحل فيجب أن يكون احرامه منه لما يلزمه من الخروج اليه فان جهل فاحرم من مكة لزمه الخروج اليه لما التزمه من المشى منه ولم يمكنه أن يتحلل من احرامه بعد الدخول فيه فيخرج اليه محرما (فرع) ومن قال أنا محرم ان فعلت كذا فحنث فان قيد ذلك بوقت أو مكان وكان تقييده بلفظ أو نية فهو على ماقيده وان لم يقيده بلفظ ولا نية فقد قال مالك ان كان قيد احرامه بعمرة لزمه الاحرام يوم يحنث ان وجد من يصحبه فان لم يجد صحبة وخاف أخر حتى يجده وان كان قيد احرامه بحج أخر احرامه الى شهر الحج وهذا مبنى على ثلاثة فصول أحدها أنه لا يكون محرما بنفس الحنث وانما يكون محرما بدخوله فى الاحرام بعد الحنث والثانى ان كفارة اليمين يستحب تعجيلها على الفور اذا لم يمنع تعجيلها كراهية ولا عذر والثالث انه لا يكره تأخيرها للعذر ولا لمعنى يوجب كراهية تقديمها فلما لم يكن محرما بنفس الحنث ولزمه تقديم الاحرام عند الحنث وكانت العمرة لا كراهية فى تقديم الاحرام بها يوم حنث لزمه الاحرام بها ذلك اليوم ان وجد صحابة يأمن معهم فان لم يجد جاز له تأخير ذلك لهذا العذر الى أن يزول بوجود الرفقة ولما كان الاحرام بالحج مكروها فى غير أشهر الحج منع ذلك من تعجيله وساغ تأخيره وهذا مبنى أيضا على ان الاحرام قبل الميقات مكروه وقد نص أصحابنا على انه يجوز أن يحرم الرجل من منزله مالم يكن قرب الميقات الا أن يتعلق فى هذا فان كراهية تقديم الحج آكد ألا ترى ان من العلماء من يقول من أحرم بالحج وفى غير أشهر الحج لم ينعقد حجا ولم يختلف العلماء ان من أحرم بالحج قبل الميقات انه ينعقد حجا * وأما المسئلة الرابعة فى العمل فى المشى فانه لا يخلو الماشى فى حج أو عمرة أن يقدر على المشى أو يعجز عنه فان كان قادرا عليه لزمه المشى فان كان ليس للموضع الذى لزمه المشى منه الى مكة الا طريق واحد فالضرورة تدعو الى المشى فيه وان كانت منه طرق كثيرة ففى كتاب ابن المواز انه ان كان بعضها أخصر من بعض فان له أن يأخذ أى طريق شاء منها * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى أن تكون كلها معتادة وكذلك فمن كان بالاندلس له سعة فى ركوب البحر ومثله فى العتبية واحتج له بأنه لا بد له منه وهذا الاعتلال يقتضى ان له أن يركب ما لا بد له منه فان اختار أن يركب البحر الى الاسكندرية ثم يركب فى النيل الى مصر ثم يركب البحر من القلزم الى جدة فان كان هذا العذر العجز عن المشى فهو بين لان الركوب فى البحر كالركوب فى البر وان كان مع القدرة على المشى وكان هذا هو الطريق المعتاد فانه يجىء على مذهب من يحمل الألفاظ على عادتها دون موضوعها ان له ذلك وأما ان كان الطريق المعتاد غيره فليس له ذلك على المذهب * وأما المسئلة الخامسة فى نهاية المشى فان الماشى فى الحج لنذره أو حنثه يمشى حتى يتم طواف الافاضة فان أخر طواف الافاضة حتى يرجع من

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال كان على مشي فاصابتني خاصرة فركبت حتى أتيت مكة فسألت عطاء ابن أبي رباح وغيره فقالوا عليك هدى

منى لم يركب فى منى لرمى الجمار وان قدم طواف الافاضة يوم النحر رجع الى منى راكبا وركب فى منى لرمى الجمار وحكى ابن حبيب عن أصحاب مالك انه يمشى حتى يكمل المناسك كلها وان عجل الطواف يوم النحر فانه لا يرجع الى منى الا ماشيا ويمشى لمنى لرمى الجمار قال ابن حبيب لان ذلك من عمله ولا يجوز له أن يركب فى شئ من عمل الحج (فرع) وان كان مشيه فى عمرة فلم يختلف أصحابنا فى أن مشيه الى أن يكمل السعى بين الصفا والمروة وذلك أن آخر السعى تمام العمرة وأما الحلاق فانه تحلل منها * وأما المسئلة السادسة فى مشاركة غير النذر له بأن من نذر مشيا الى مكة لا يخلو أن يقيد ذلك بعمرة أو حج أو يهما أو لا يقيده فان قيده بعمرة ثم مشى حتى جاء الميقات فأحرم لعمرته التى مشى لها ولحج فرضه وهو صرورة فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم يجزيه لفرضه دون نذره وقد وجب عليه دم القران قال ووجه ذلك ان عملهما واحد يريد أنه طواف واحد وسعى واحد وهذا التوجيه لا يصح فى منع كون العمرة للنذر لانه كان يجب أن يمنع جوازه عن الحج وكان يمنع ذلك فيمن أحرم بحجه لنذر وفرضه أن يجزئه لنذره ولكنه دليل ناقص ومعنى ذلك انه طاف طوافا واحدا وسعيا واحدا فلا ينوب الا عن واجب واحد واذا جمع بين الحج والعمرة وكل واحد مقصود لازم على الافراد لم يجز أن ينوب عنهما مع القران فبطل حكم العمرة فوجب أن يصح عن الحج دون العمرة (مسئلة) وان كان قيد نذره أو لا يحج فشى فلما جاء الميقات أحرم بالحج ينوى لنذره وفرضه فان ابن القاسم قد أطلق الجواب فيمن مشى فى نذره ولم يذكر تقييدا ولا غيره فلما جاء الميقات أحرم بالحج لنذره وفرضه انه يجزئه لنذره ويقضى فرضه وقال ابن المواز ان ذلك انما هو اذا لم يقيد نذره بحج ولا عمرة وأطلقه وأما اذا قصده بحج ثم أحرم بالحج ينوى لهما فانه لا يجزئه لفرضه ولا للنذر وعليه أن يستأنفهما وقال عبد الملك وأصبغ يستحب له أن يقضيهما ولم يفصلا وجه قول ابن القاسم انه قد أحرم بالحج وانعقد احرامه ولا يصح أن ينعقد احرام عن حجتين واجبتين فاذا لم ينب احرامه الا عن حجة واحدة غير معينة وجب أن يقضى آكدهما ولا فرق بين أن يقيد نذره بالحج أو يطلقه فى ذلك لانه اذا كان نذره مطلقا ثم أحرم له بالحج فقد تعين بالحج ولزمه ذلك حتى لو فاته الحج أو أفسده للزمه أن يقضيه حجا فقد صار هذا بالتلبس به بمنزلة من قيد نذره بالحج واذا كان هذا الاحرام يجزئه عن النذر المطلق فكذلك النذر المقيد وقد احتج ابن المواز للوجه الذى ذكره انه اذا قيد نذره بالحج فقد نذر حجة تامة فلما قرن بها حجة الفرض كانت ناقصة فلم تجزه عن النذر وليس كذلك النذر المطلق فانه لم يلزم بنذره حجة كاملة فيكون قد نقصها عن ذلك بأن قرن بها حجة فريضة (فرع) اذا قلنا بقول ابن القاسم ان حجه ذلك يجزئه عن احدى الحجتين فقد قال انه يجب عليه أن يقضى أحدهما وهى حجة الفرض وقال المغيرة وابن عبد الحكم يجزئه عن فرضه وعليه قضاء نذره ووجهه أنه لما لم يصح أن ينعقد الحج عنهما وجب أن ينعقد عن آكدهما وأوجبهما (فصل) وقول مالك ونرى عليها مع ذلك الهدى يريد لتفريق مشيها لأن المشى فى سفر واحد لابد أن يكون شرطا فى صحة المشى أو سنة من سننه ومتمما لصفته فاذا دخل عليه النقص بالتفريق للعجز عن الاتيان به على وجهه لزم الدم (مسئلة) والهدى فى ذلك بدنة فان لم يجد فبقرة فان لم يجد فشاة فان لم يجد فصيام عشرة أيام رواه ابن المواز وابن حبيب فان أخرج الشاة مع القدرة على البدنة ففى كتاب ابن المواز تجزئه كسائر الهدايا ص *(مالك عن يحيى بن سعيد انه قال كان على مشى فأصابتنى خاصرة فركبت حتى أتيت مكة فسألت عطاء بن أبى رباح وغيره فقالوا عليك هدى

فلما قدمت المدينة سألت علماءها فأمروني أن أمشي مرة أخرى من حيث عجزت فشيت * ش قوله كان على مشي يريد انه كان يلزمه بنذر وأما اليمين بمثل هذا فمكروه وأرجو أن يكون يحيي بن سعيد على فضله وعلمه لا يحلف بغير الله تعالى الا أن يكون في نادرة غضب وحرج ولعله قد كان ذلك في صباه وقبل أن يفقه ولذلك احتاج أن يسأل عن حكمه عطاء وغيره من العلماء

(فصل) وقوله فأصابتني خاصرة يريد وجع خاصرة منعته المشي فركب حتى أكمل سفره بالوصول الى مكة ثم سأل عطاء أو من وجد بمكة من العلماء فأفتوه بأن عليه الهدى وهذا يقتضي أنهم لم يوجبوا عليه العودة لجبر ما ركبه في سفره ولذلك خالفهم أهل المدينة وأوجبوا عليه جبر المشي

(فصل) وقوله انه سأل لما قدم المدينة يريد لما اعتقد أنهم أعلم من أهل مكة أو لتطيب نفسه باتفاق العلماء على حكمه فلما وجد الخلاف أخذ بالأحوط وعاد لاتمام المشي ص * قال سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن يقول عليّ مشي الى بيت الله انه اذا عجز ركب ثم عاد فمشى من حيث عجز فان كان لا يستطيع المشي فليمش ما قدر عليه ثم ليركب وعليه هدى بدنة أو بقرة أو شاة ان لم يجد الا هي * ش وهذا كما قال فيمن نذر المشي الى بيت الله تعالى يريد مكة انه ان عجز في بعض طريقه عن المشي انه يركب ولا يمنعه ذلك من التمادي على الوفاء بنذره والاداء لما التزمه لانه لا يأمن مثل ذلك في السفر الثاني وما بعده وانما من حكم المشي أن يكون في سفر واحد فان فرقه لغير عذر فقد روى ابن حبيب لا يجزئه ذلك ويبتدئ المضي ويجيء من رواية ابن المواز أن المشي في سفر واحد أفضل وان فرقه لغير عذر (مسئلة) وان فرقه للعجز عن المشي بالضعف عنه ولا يخلو من حالتين احداهما أن يطمع باكمال المشي في سفرة ثانية على وجه التلفيق أو ييأس من ذلك فان كان يطمع به فانه يمشي ما استطاع فاذا عجز ركب حتى يستريح ثم ينزل ويمشي ويحصي مواضع الركوب ثم يعود مرة أخرى ويمشي ما ركب ويجزئه ذلك وعليه دم لتفريق المشي وهذا مبني على ثلاثة أصول أحدها أن المشي قد لزمه بنذره أو حنثه في يمينه والثاني اذا عجز عن المشي في طريقه لا يمكنه التوقف والاراحة بكل موضع يدركه فيه العجز ولا بد له من استدامة المسير وذلك لا يكون الا بالركوب الى أن يريح فجاز له الركوب لذلك ولا ينوب الركوب عن المشي وانما يجزئه الوصول ويبقى ما التزمه من المشي في ذمته يلزمه قضاؤه من المكان الذي التزمه فيه دون غيره وفي نسك من جنس نسكه الذي لزمه فيه فلزمه التلفيق على هذا الوجه والثالث ان القضاء أقل في سفر واحد ولا يكاد أن تلحق المشقة فيه فلذلك لزم التلفيق من رجا أن يتم قضى مشيه في سفر واحد ومن لم يرج ذلك لم يلزمه أن يلفق بالقضاء في أكثر من سفر واحد لان التكرر يشق عليه ولا نهاية له وكذلك لو رجع للتلفيق في القضاء فلم يستوفه لم يجب عليه أن يرجع مرة أخرى للقضاء وذلك ان القضاء لا يلفق وانما يلفق به (مسئلة) وان كان لا يطمع باكمال المشي في سفرة ثانية لم يلزمه ذلك وليمش ما استطاع في سفره الاول ويهدي ولا يعود للتلفيق (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو عجزه عن مشي بعضه من ثلاثة أحوال أحدها أن يكون قد ركب منه الكثير أو ركب منه اليسير كاليوم واليومين أو ركب الأميال فان كان ركب الكثير مثل أن يركب عقبة ويمشي عقبة فقد روى ابن المواز عن مالك ان هذا يرجع ابتدأ المشي كله من أوله وفي الواضحة عن مالك انه يرجع يمشي ما ركب فيه من تفصيل وجه رواية ابن المواز ان حملت على ظاهرها انه لما كثر الركوب حتى ساوى بالمشي أو كان أكثر منه لم يكن لما مشى حكم وانما يثبت حكمه اذا كان الركوب تبعا ووجه رواية ابن حبيب انه انما دخل عليه النقص

فلما قدمت المدينة سألت علماءها فأمروني ان أمشي مرة أخرى من حيث عجزت فشيت قال يحيي وسمعت مالكا يقول الامر عندنا فيمن يقول على مشي الى بيت الله أنه اذا عجز ركب ثم عاد فمشى من حيث عجز فان كان لا يستطيع المشي فليمش ماقدر عليه ثم ليركب وعليه هدى بدنة أو بقرة أو شاة ان لم يجد الا هي

بركوب الموضع الذى عجز عن المشى فيه فانما يلزمه جبره بالمشى فيه اذا كان المشى مما يجبر و يجب عليه الدم للتفريق (مسئلة) وان ركب أقل من اليوم فى رواية ابن حبيب أو اليوم والليلة فى رواية ابن المواز فانه يرجع و يمشى ما ركب ووجه ذلك أنه قد يقدم من مشيه ما فيه قضاء لبعضه فبقى عليه قضاء ما فاته منه فى مثل نسكه (مسئلة) فان كان ركوبه أقل من ذلك فانه ليس عليه الرجوع لجبر مشيه و يجزئه من ذلك الهدى ووجه ذلك قلة ما يلزمه جبره منه مع عظيم ما يتكلف من المشقة باستئناف سفر آخر للقضاء لاسيما لمن لم تقرب داره * وأما من قربت داره من مكة كاليوم والثلاثة أيام قال الامام أبو الوليد رضى الله عنه فان ركوب اليوم عندى فى حقهم كثير وما يلزمهم من المشقة فى القضاء ليس بكثير ولم أر فيه نصا (فرع) وهذا اذا كان مشيه فى الطريق فأما من ركب فى التوجه الى عرفة وتصرف فى المناسك راكبا ففى المدونة يلزمه أن يحج ثانية راكبا حتى يقضى سعيه ثم يتم حجه ماشيا ليقضى مشى ما فاته مما كان ركبه ووجه ذلك ان هذا المشى وان كان يسيرا فانه لما كان فى المناسك كان الرجوع له أوكد لانها أركان الحج

(فصل) وقوله وعليه هدى بدنة أو بقرة أو شاة وان لم يجد الا هى يحتمل أن يرجع ذلك الى الذى لا يستطيع المشى خاصة و يحتمل أن يرجع اليه والى الذى عجز عن بعض المشى وهو الأظهر وقوله أو شاة وان لم يجد الا هى يقتضى انه يجب عليه اخراجها وان لم يجد غيرها وفى بعض النسخ أو شاة ان لم يجد الا هى ومعناه ان الشاة ان لم يجد بدنة ولا بقرة ص * سئل مالك عن الرجل يقول للرجل أنا أحملك الى بيت الله فقال مالك ان نوى أن يحمله على رقبته يريد بذلك المشقة وتعب نفسه فليس ذلك عليه وليمش على رجليه وليهد وان لم يكن نوى شيأ فليحجج وليركب وليحجج بذلك الرجل معه وذلك انه قال أنا أحملك الى بيت الله فان أبى أن يحج معه فليس عليه شئ وقد قضى ما عليه * ش وهذا كما قال وذلك انه من قال لآخر أنا أحملك الى بيت الله يريد مكة ونوى أن يحمله على رقبته للمبالغة فى المشقة على نفسه فانه ليس عليه حمله على عنقه ولا عليه أن يحجه لانه لم يقصد ذلك وانما حمله على عنقه كقوله أنا أحمل هذا العمود وهذا الحجر وهذه الطنفسة وعليه أن يحج ماشيا لان قوله أنا أحملك يريد على عنقه يتضمن المشى لان من حمل ثقلا انما يحمله ماشيا فلزمه المشى الى مكة لما كان قربة ولم يلزم حمله على عنقه لانه لا قربة فيه والنذر انما يتعلق بالقرب دون غيرها وان كان الذى قال أنا أحمله الى مكة شئ خفيف لا مشقة فى حمله راكبا فعليه الركوب الى مكة حاجا رواه ابن المواز * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ووجه ذلك عندى انه لما كان مما جرت العادة أن يحمله الراكب معه لم يتضمن حمله المشى فلم يلزمه المشى ولزمه الوصول الى مكة على وجه القربة بحسب ما تضمنه يمينه والله أعلم

(فصل) وقوله وليهد يريد لما التزم من صفة المشى التى لا تلزمه وذلك على وجه الاستحباب والندب وقد قال ذلك ابن حبيب فيمن نذر المشى الى مكة حافيا ان هديه على وجه الاستحباب والندب لا لالتزامه من ذلك ما لا يلزمه

(فصل) وقوله ان لم يكن نوى شيأ يريد انه لم يقيد بنية مما ذكرنا من اتعاب نفسه بحمله فليحجج ليحج بالرجل معه لان لفظة حمل الرجل الى مكة تقتضى ايصاله اليها فان لم تكن نية تعدل به عن القربة وجب أن يحمل على وجه القربة وهو تكلف مؤنة الرجل الى مكة فى حج أو عمرة الا أن هذا موقوف على ارادة الرجل لان الحالف لا يملكه فان أراد الرجل الحج معه على الوجه الذى التزمه

* وسئل مالك عن الرجل يقول للرجل أنا أحملك الى بيت الله فقال مالك ان نوى أن يحمله على رقبته يريد بذلك المشقة وتعب نفسه فليس ذلك عليه وليمش على رجليه وليهد وان لم يكن نوى شيأ فليحجج وليركب وليحجج بذلك الرجل معه وذلك أنه قال أنا أحملك الى بيت الله فان أبى أن يحج معه فليس عليه شئ وقد قضى ما عليه

وجب عليه الوفاء به وان أبى ذلك الرجل لم يلزمه هو شئ في احجاج الرجل ويلزمه هو الحج أو العمرة قاله مالك وذلك لان قوله أنا أحمل فلانا يقتضى مضيهما فقد لزمه مضيه لنذره ومضى الرجل موقوف على اختياره ومعنى قول مالك في الموطأ فان أبى أن يحج معه فليس عليه شئ يريد بسبب الرجل ولم يرد أن الحج يسقط عنه ص ﴿ سئل مالك عن الرجل يحلف بنذور مسماة مشيا الى بيت الله أن لا يكلم أخاه أو أباه بكذا وكذا نذرا الشئ لا يقوى عليه ولو تكلف ذلك كل عام لعرف انه لا يبلغ عمره ما جعل على نفسه من ذلك فقيل له هل يجزيه من ذلك نذر واحد أو نذور مسماة فقال مالك ما أعلمه يجزيه من ذلك الا الوفاء بما جعل على نفسه فليس ماقدر عليه من الزمان وليتقرب الى الله بما استطاع من الخير ﴾ ش وهذا كما قال ان من التزم من النذور في المشي الى مكة مالا يستطيع عمره لأدائه مثل أن ينذر ألف حجة أو يحلف بها فحنث فانه يلزمه ما التزمه من ذلك ولا يخرجه عنه شئ الا الوفاء به ولو قدر عليه واتسع عمره له غير انه قد علم بمجرى العادة ان ذلك لا يكون فيلزمه أن يأتى منه بما اتسع عمره له ويستغفر الله تعالى من التزامه مالا يستطيع عليه ويتقرب اليه بما أمكنه من أعمال البر وقد قال مالك في العتبية في امرأة حلفت أن لا تكلم أباها بالمشي الى مكة سبع مرات قال تكلمه وتمشى سبع مرات فان لم تطق حجت أو اعتمرت سبع مرات وتهدى في كل مرة

﴿ العمل في المشي الى الكعبة ﴾

ص ﴿ قال مالك ان أحسن ما سمع من أهل العلم في الرجل يحلف بالمشي الى بيت الله أو المرأة تحلف فيحنث أو تحنث انه ان مشى الحانث منهما في عمرة فانه يمشى حتى يسعى بين الصفا والمروة فاذا سعى فقد فرغ وانه ان جعل على نفسه مشيا في الحج فانه يمشى حتى يأتى مكة ثم يمشى حتى يفرغ من المناسك كلها ولا يزال ماشيا حتى يفيض * قال مالك ولا يكون مشى الا في حج أو عمرة ﴾ ش قوله في الرجل أو المرأة يحلف بالمشي الى بيت الله فيحنث أو تحنث الى آخر المسئلة يقتضى انها يمين تلزم ويحنث فيها بالمخالفة فيجب بالحنث فيهما ما التزمه من حج أو عمرة أو منهما لم يختلف في ذلك أصحابنا وما يعزى الى قول ابن القاسم انه أفتى بالنذر بكفارة يمين لا يصح وقد بينته في الاستيفاء وبهذا قال جماعة من العلماء وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يلزم المشي الى مكة بالنذر وعلها أن تمشى الى مكة وأما من حلف بها وحنث فعليه كفارة يمين والدليل على ما نقوله ان هذا معنى يلزم به العتق فلزم به المشي الى مكة أصل ذلك النذر

(فصل) وقوله في الرجل يحلف بالمشي الى بيت الله أو المرأة الى آخر المسئلة يقتضى أن حكمهما في ذلك واحد وان المرأة يلزمها ذلك كما يلزم الرجل وانما يسقط المشي عن من يسقط عنه منهما لعجزه عنه فيسقط الى بدل وهو الهدى مع ما يطاق من المشي وفي المدونة عن مالك والمشي على الرجال والنساء سواء وجه ذلك انه نذر يصح من كل واحد منهما فوجب أن يتساويا فيه كالصوم والصلاة

(فصل) وان مشى الحانث منهما في عمرة فانه يمشى حتى يسعى بين الصفا والمروة يريد ان من لزمه المشي منهما سواء كان مشيه مقيدا بعمرة أو مطلقا فجعله في عمرة فان كمال مشيه بانقضاء السعى لانه آخر عمل العمرة وان كان مشيه في حج اما لانه قيد نذره به أو كان مطلقا فجعله في حج فان آخر مشيه الى انقضاء المناسك لان ذلك آخر عمل الحج فلا يسقط عنه وصوله الى مكة ماشيا المشي في

وسئل مالك عن الرجل يحلف بنذور مسماة مشيا الى بيت الله أن لا يكلم أخاه أو أباه بكذا وكذا نذرا لشئ لا يقوى عليه ولو تكلف ذلك كل عام لعرف أنه لا يبلغ عمره ما جعل على نفسه من ذلك فقيل له هل يجزئه من ذلك نذر واحد أو نذور مسماة فقال مالك ما أعلمه يجزئه من ذلك الا الوفاء بما جعل على نفسه فليمش ماقدر عليه من الزمان وليتقرب الى الله تعالى بما استطاع من الخير

﴿ العمل في المشي الى الكعبة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك أن أحسن ما سمع من أهل العلم في الرجل يحلف بالمشي يحلف الى بيت الله أو المرأة فيحنث أو تحنث أنه ان مشى الحالف منهما في عمرة فانه يمشى حتى يسعى بين الصفا والمروة فاذا سعى فقد فرغ وأنه ان جعل نفسه شيئا في الحج يمشى حتى يأتى مكة ثم حتى يفرغ من المناسك كلها ولا يزال ماشيا حتى يفيض قال مالك ولا يكون مشى الا في حج أو عمرة

المناسك الى عرفة وغيرها لان اللفظ وان تناول المشي الى مكة فان عرف المشي اليها بهذه القربة يحمل المشي اليها على ذلك ولو جاز أن يحمل على المشي الى مكة في المشي لان اللفظ لم يتناول غير ذلك لجاز أن يحمل على انه لا يجب حج ولا عمرة وانما يجب عليه الوصول الى مكة لان اللفظ لا يتناول غير ذلك وهذا باطل باتفاق ولهذا قال مالك يمشي حتى يأتي مكة ثم يمشي حتى يفرغ من المناسك لئلا يظن ظان ان وصوله الى مكة يسقط عنه المشي في المناسك وان قول القائل يمشي في المناسك انما ذلك للمراهق الذي أعجله خوف الفوات عن اتيان مكة فبدأ بها قبل اتيان مكة بقصد رفع الاشكال والله أعلم

(فصل) وقوله لا يزال ماشيا حتى يفيض بعد قوله ثم يمشي حتى يفرغ من المناسك وقد تقدم فيه من رواية ابن حبيب وقول ابن القاسم ما يغني عن اعادته

(فصل) وقوله ولا يكون مشي الا في حج أو عمرة يحتمل تأويلين أحدهما ان من نذر مشيا الى غير مكة لا يلزمه ذلك لا الى المدينة ولا غيرها لانه ليس هناك حج ولا عمرة ويحتمل أن يريد ان الناذر للمشي الى مكة لا يخلو من ثلاثة أحوال أحدها أن يقصد بنذره النسك أو يطلق النية أو ينوي المشي خاصة دون النسك فان قيد نيته بالنسك أو أطلقها لزمه المشي والنسك لان ظاهر نذره القربة والقربة انما هي في النسك وأما ان قيد نذره بالمشي خاصة فلم أر فيه نصا

﴿ ما لا يجوز من النذور في معصية الله ﴾

﴿ ما لا يجوز من النذور في معصية الله ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن حميد بن قيس وثور ابن زيد الديلي انهما أخبراه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحدهما يزيد في الحديث على صاحبه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قائما في الشمس فقال ما بال هذا قالوا نذر ان لا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مروه فليتكلم وليستظل وليجلس وليتم صيامه قال مالك ولم أسمع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره بكفارة وقد أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتم ما كان لله طاعة ويترك ما كان لله معصية

ص ﴿ مالك عن حميد بن قيس وثور بن زيد الديلي انهما أخبراه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحدهما يزيد في الحديث على صاحبه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قائما في الشمس فقال ما بال هذا قالوا نذر أن لا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مروه فليتكلم وليستظل وليجلس وليتم صيامه * قال مالك ولم أسمع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره بكفارة وقد أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتم ما كان لله طاعة ويترك ما كان لله معصية ﴾ ش قوله رأى ان رجلا قائما في الشمس يريد والله أعلم انه رآه ملازما لذلك دون قعود مع التمكن من الاستظلال والقعود وخارجا فيه عن عادة الناس فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن سببه فاعلم انه نذر هذه المعاني من القيام للشمس والصيام والصمت وهذه المعاني منها ما يلزم بالنذر لكونه طاعة وهو الصوم ومنها ما لا يلزم لما لم يكن فيه طاعة كالقيام للشمس والصمت فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من يعلمه ما يلزمه من ذلك ليفي بنذره فيه ويعلمه بما لا يلزمه فيترك اتعاب نفسه فيه والزامها اياه (مسئلة) وانما يلزمه المشي الى مكة لان فيه قربة لان المشي في الطواف والسعي قربة والمشي اليها لمن لا يقدر على الركوب قربة في جميع الطريق وقد قال جماعة من الفقهاء ان في حج الماشي من القربة ما ليس في حج الراكب وأما الوقوف في الشمس فليس بقربة وأما ترك الاستظلال حال المشي للمحرم فانما هو قربة حال الاحرام كترك لبس المخيط وترك التطيب والصيد فلذلك لم يلزم بالنذر الا ما يختص منه بالاحرام

(فصل) وقول مالك ولم أسمع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره بكفارة يريد مالك بذلك نفي الكفارة عنه فيما تركه من نذره لما لم يجب عليه وانما ذهب مالك في ذلك الى انه لا كفارة عليه في ترك القيام في الشمس والصمت لما لم يجب عليه شيء من ذلك وقد قال فيمن نذر المشي الى المدينة أو بيت المقدس لا يمشي ولا شيء عليه وكل من التزم شيأ لا يلزم مثله بالنذر لم يجب عليه بدل منه

(فصل) وقوله وقد أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتم ما كان لله فيه طاعة ويترك ما كان لله فيه معصية يريد بالطاعة الصوم وبالمعصية القيام للشمس والصمت ويحتمل ان تسميته معصية وإن كان مباحا في الأصل لوجهين أحدهما انه اذا نذر كان معصية لانه لا يحل أن ينذر ما ليس بقربة ولو فعل على وجه غير النذر والتقرب به لكان مباحا واذا فعل على وجه النذر والقربة كان معصية والوجه الثاني انه اذا بلغ به حد الاستضرار والتعب كان معصية سواء فعل بنذر أو بغير نذر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالنذر على ثلاثة أضرب * أحدها أن ينذر ما هو لله طاعة والثاني أن ينذر ما هو مباح والثالث أن ينذر ما هو معصية في نفسه ولا يلزم من ذلك الا القسم الواحد وهو أن ينذر ما هو لله طاعة مثل أن ينذر حجا أو صلاة أو صوما أو صدقة وأما المباح فمثل أن ينذر جلوسا في الدار أو مشيا في الطريق والمعصية أن ينذر شرب خمر أو زنا أو ظلم أحد ففي هذين الوجهين لا يلزمه شئ وقال احمد بن حنبل في ناذر المباح هو مخير بين فعله وبين كفارة يمين والدليل على ما نقوله ان ما لا قربة فيه لا يصح نذره لان النذر يوجب فعل المنذور فاذا كان المباح لا يصح أن يجب لم يصح تعلق النذر به كالمعصية (مسئلة) وأما نذر المعصية فلا يلزم به عندنا شئ وقال أبو حنيفة والثوري ان عليه مع تركها كفارة يمين والدليل على ما نقوله ما روى مالك عن طلحة بن عبد الملك عن القاسم بن محمد عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه وهذا موضع تعليم فاقتضى أن ذلك يمنع موجبه ومن جهة المعنى ان هذا نذر ما لا قربة فيه فلم يجب به شئ أصل ذلك اذا نذر الجلوس والقعود ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد عن القاسم بن محمد انه سمعه يقول أتت امرأة الى عبد الله بن عباس فقالت اني نذرت أن أنحر ابني فقال ابن عباس لا تنحري ابنك وكفري عن يمينك فقال شيخ عند ابن عباس وكيف يكون في هذا كفارة قال ابن عباس ان الله تعالى قال والذين يظاهرون منكم من نسائهم ثم جعل فيه من الكفارة ما قد رأيت ﴾ ش قول المرأة المستفتية اني نذرت أن أنحر ابني تريد انها أتت بذلك والتزمته على وجه النذر والتقرب لله تعالى به فقال ابن عباس لا تنحري ابنك وكفري عن يمينك فمنعها من النحر الذي علقت به النذر لانه معصية لا تحل بنذر ولا غيره وقال لها كفري عن يمينك فسماه يمينا لوجهين أحدهما لما كانت كفارته عند ابن عباس كفارة يمين سماه لذلك يمينا والثاني انه لعله فهم منها أنها أتت بذلك على وجه اليمين مثل أن تقول ان دخلت الدار فلله علي أن أنحر ابني فعلى هذا يحتمل أن يريد بقوله كفري عن يمينك الهدي أو غيره مما يوجب عليها ذلك وقد قال مالك فيمن قال لابنه أو لأجنبي في يمين لله علي أن أنحرك فحنث فانه على ضربين أحدهما أن يعلق ذلك مكان النحر مثل أن يقول أنحرك عند مقام ابراهيم أو عند البيت أو المسجد أو بمنى أو بمكة والثالث أن يذكر موضعا لم يشرع فيه النحر مثل أن يقول بالبصرة أو بالكوفة فاما الأول وهو أن يعلق نحره بموضع النحر فقد روى ابن حبيب عن مالك عليه الهدي ووجه ذلك انه لما أخرجه مخرج النذور وعلق ذلك بموضع النذر علم انه أراد به القربة ولهذا المعنى تعلق بالقربة على وجه البدل لما ورد في ذلك من فعل ابراهيم عليه السلام وما آل اليه حكمه في نحر ابنه صلى الله عليه وسلم فلزمه في ذلك الهدي لان نحر ابنه لا يحل فلا يتعلق به النذر وانما يتعلق النذر في ذلك بما ورد به الشرع من الهدي (مسئلة) وأما اذا لم يسم شيأ فلا يخلو أن يكون له نية أو لا نية له فان كان نوى الهدي لزمه لما قدمناه وان لم ينو الهدي فعن مالك في ذلك روايتان * احداهما لا شئ عليه والثانية عليه كفارة يمين وبها قال أصبغ وجه الرواية الأولى انه نذر معصية لم يقرن

* وحدثني عن مالك عن يحيي بن سعيد عن القاسم ابن محمد أنه سمعه يقول أتت امرأة الى عبد الله ابن عباس فقالت اني نذرت أن أنحر ابني فقال ابن عباس لا تنحري ابنك وكفري عن يمينك فقال شيخ عند ابن عباس وكيف يكون في هذا كفارة فقال ابن عباس ان الله تعالى قال والذين يظاهرون منكم من نسائهم ثم جعل فيه من الكفارة ما قد رأيت

بهامايصرفهاالى المعصية فلم ينعقد نذره كالو نذر قتله ووجه الرواية الثانية ان هذا النذر له جهة من القربة فاذالم يكن مفسرا كان كالنذر المبهم فلزمه به كفارة يمين وقال القاضي أبو محمد من نذر ذبح ابنه في يمين أو على وجه القربة فعليه الهدي وان نذره نذرا مجردا لايقصد به القربة فلاشئ عليه قال ووجه ذلك أنه انما أراد القربة فان له معهودا في الشرع وهو قصة ابراهيم صلى الله عليه وسلم في ذبح ابنه وفداه الله بذبح عظيم واذا لم ينو قربة فقد نذر مجرد المعصية وفرق أيضا في قوله بين اليمين والنذر فظاهر قوله أنه يوجب الهدي في اليمين على الاطلاق ولعله قصد في الفرق بينهما أن اليمين آكد لانه التزام معلق بصفة وليس ذلك بالبين

(فصل) وقوله قال شيخ عند ابن عباس وكيف يكون هذا كفارة استفهاما ليبين له وجه وجوب الكفارة في يمين أو نذر قد قيد بفعل وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يكون ابن عباس قد أراد كفارة اليمين فقال له الشيخ كيف تجب كفارة اليمين في النذر بفعل معين ليس بيمين بالله ولا نذر مبهم فتجب فيه كفارة يمين والثاني أن يكون ابن عباس انما أوجب فيه كفارة ولم يعينها فقال له الشيخ كيف يجب في مثل هذا كفارة وانما نذرت معصية فقال ابن عباس ان الله تعالى قال والذين يظاهرون منكم من نسائهم ثم جعل من الكفارة مارأيت فيحتمل أن يريد به أن الكفارة قد تجب في نذر ويمين يتعلق بالمحظور على وجه ما وذلك أن قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي محظور ولذلك قال الله تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله لعفو غفور ثم قد أوجب في ذلك كفارة الظهار فكذلك التي علقت يمينها بنحر ابنها أتت بمحظور من القول وتجب عليها في ذلك كفارة وتلك الكفارة اما هدي أو كفارة يمين أوماشاء الله تعالى مما نبينه بعد هذا اذا سئل عنه ويحتمل أن يريد به أنه يجب عليه كفارة يمين وان كان قولها أن أنحر ابني ليس من باب النذور ولا من باب اليمين بالله تعالى كما تجب الكفارة على المظاهر وان لم يكن ما أتى به من باب النذر ولا اليمين بالله تعالى ص * مالك عن طلحة بن عبد الملك الايلي عن القاسم بن محمد بن الصديق عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصي الله فلايعصه قال يحيي سمعت مالكا يقول معنى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم من نذر أن يعصي الله فلايعصه أن ينذر الرجل أن يمشي الى الشام أوالى مصر أوالى الربذة أوما أشبه ذلك مماليس لله بطاعة ان كلم فلانا أوما أشبه ذلك فليس عليه في شئ من ذلك شئ ان هو كلمه أو حنث بما حلف عليه لأنه ليس لله في هذه الاشياء طاعة وانما يوفى لله بماله فيه طاعة * ش قوله صلى الله عليه وسلم من نذر أن يعصي الله فلايعصه ليس فيه اباحة النذر للمعصية بل ذلك محظور وانما بين حكم من فعل ذلك وتورط في نذره فنهاه صلى الله عليه وسلم عن المعصية وان كان قد نذرها لأن النذر لايتعلق بها اذ النذر قربة ولايتقرب بالمعصية بل يتاب منها وذلك مثل أن ينذر أن يشرب خمرا أو يأكل لحم خنزير وقد قال مالك معنى ذلك أن ينذر أن يمشي الى الشام أوالى مصر أوالى المدينة أو ما أشبه ذلك مما ليس لله بطاعة ففسر المعصية بمعان ليست بمعاص في أنفسها وانما هي مباحة لكن سماها معصية لان نذرها عنده معصية أولان حكمها اذا علقت بالنذر حكم المعصية لانه لايصح أن ينذر كما لايصح أن تنذر المعصية ولذلك بين ذلك بعد هذا فقال مماليس لله بطاعة وماليس لله بطاعة ينقسم قسمين محظور كالمعصية ومباح كالمشي الى الشام وغيرها ومثل ذلك بالمشي الى المدينة ويحتمل وجهين أحدهما ان يريد به مدينة من المدن فحكمها حكم الشام والثاني أن يريد به مدينة النبي صلى

* وحدثني عن مالك عن طلحة بن عبد الملك الايلي عن القاسم بن محمد بن الصديق عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصي الله فلايعصه قال يحيي وسمعت مالكا يقول معنى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم من نذر أن يعصي الله فلا يعصه أن ينذر الرجل أن يمشي الى الشام أوالى مصر أوالى الربذة أوما أشبه ذلك مماليس لله بطاعة ان كلم فلانا أوما أشبه ذلك فليس عليه في شئ من ذلك شئ ان هو كلمه أوحنث بما حلف عليه لانه ليس لله في هذه الاشياء طاعة وانما يوفى لله بماله فيه طاعة

الله عليه وسلم فهذا اذا علق مشيه بالمدينة لا يتعلق به النذر الا أن ينوى المسجد للصلاة ثم قال مالك لانه ليس فى شئ من هذه الأشياء طاعة وانما يوفى لله بما له فيه طاعة على حسب ماقدمناه من ان اليمين أو النذر اذا علقهما بمباح لم ينعقد شئ منهما

﴿ اللغو فى اليمين ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين انها كانت تقول لغو اليمين قول الانسان لا والله بلى والله قال مالك أحسن ماسمعت فى هذا ان اللغو حلف الانسان على الشئ يستيقن انه كذلك ثم يوجد على غير ذلك فهو اللغو ﴾ ش قول عائشة ان لغو اليمين قول الانسان لا والله بلى والله وروى لا والله وبلى والله فانه يحتمل وجوها أحدها ان لغو اليمين لا يكون الا فى هذه اليمين وهى اليمين بالله تعالى وأما اليمين بغير ذلك مثل اليمين بالمشى الى مكة أو الطلاق أو العتق فانه لا لغو فيه وقد قال مالك ذلك فى العتبية وغيرها وقد قال مالك ان اليمين بغير الله محظور فلم يعف عن الحالف بها على وجه من الوجوه بل شدد عليه بالزامه ما التزم على أى وجه التزمه وأما اليمين بالله تعالى فمباحة فلذلك دخلها التخفيف والعفو عن لغوها وكذلك كل يمين كفارتها كفارة اليمين كالنذر الذى لا مخرج له وما جرى مجرى ذلك (مسئلة) ويحتمل أن يريد به ان اللغو قول الرجل لا والله وبلى والله فيما يعتقد صحته وان كان الأمر خلافه على حسب ماذهب اليه مالك وقد قال بعض البغداديين وذكر قول مالك فى لغو اليمين انه حلفه بالله تعالى على ما يعتقد صحته وان كان الأمر على غير ما حلف به ثم قال وقول عائشة هو قول الرجل لا والله وبلى والله هو فى معناه لانها لا يعنى تعمد الكذب (مسئلة) ويحتمل وجها ثالثا وهو ان تريد ما يجرى فى تراجع الناس من قولهم لا والله وبلى والله من غير اعتقاد يمين ولا قصد اليه والى هذا ذهب أبو بكر الابهرى ووجهه انها أيمان جارية على اللسان من غير اعتقاد ولا قصد الى عقد اليمين ويحتمل عندى أن يكون من لغو اليمين ماقاله مالك وماقاله أبو بكر والله أعلم ص ﴿ قال مالك وعقد اليمين أن يحلف الرجل أن لا يبيع ثوبه بعشرة دنانير ثم يبيعه بذلك أو يحلف ليضربن غلامه ثم لا يضربه ونحو هذا فهذا الذى يكفر صاحبه عن يمينه وليس فى اللغو كفارة * قال مالك فأما الذى يحلف على الشئ وهو يعلم انه آثم أو يحلف على الكذب وهو يعلم ليرضى به أحدا أو ليعتذر به الى معتذر اليه أو ليقتطع به مالا فهذا أعظم من أن يكون فيه كفارة ﴾ ش وهذا كما قال ان عقد اليمين التى تكفر أن يحلف ليفعلن ثم لا يفعل أو يحلف لا أفعل ثم يفعل فهذان اليمينان انما يتناولان المستقبل وذلك أن الايمان على ضربين يمين على مستقبل ويمين على ماض فأما اليمين على المستقبل وهو ماتقدم ذكره فلا يدخلها فى قول مالك لغو ولا غموس وانما يدخلها البر فلا تجب كفارة أو الحنث فتجب فيه الكفارة وهو ينقسم قسمين أحدهما يقتضى المنع مثل قوله والله لا لبست الثوب ولا أكلت هذا الخبز فهذا ان أطلق الفعل ولم يعلق بوقت ولا مكان ولا صفة منعت اليمين ذلك الفعل على التأبيد فتى فعله حنث ولزمته الكفارة وان قيد الفعل بوقت مثل قوله والله لا لبست هذا الثوب غدا أو لا لبسته يوم الجمعة أو لا لبسته بمكة أو لا لبسته راكبا تعلق المنع بذلك الوقت أو بذلك المكان أو بتلك الصفة فان فعله على شئ من ذلك حنث وان فعله فى غير ذلك الوقت أو فى غير ذلك المكان أو على غير تلك الصفة لم يحنث لان يمينه لم يتناول ذلك ولا صفته (مسئلة) وأما ان كانت اليمين على اتيانه بالفعل فهذه اليمين قد أوجبت عليه الاتيان بالفعل

﴿ اللغو فى اليمين ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين انها كانت تقول لغو اليمين قول الانسان لا والله وبلى والله قال مالك أحسن ماسمعت فى هذا أن اللغو حلف الانسان على الشئ يستيقن انه كذلك ثم يوجد على غير ذلك فهو اللغو قال مالك وعقد اليمين أن يحلف الرجل أن لا يبيع ثوبه بعشرة دنانير ثم يبيعه بذلك أو يحلف ليضربن غلامه ثم لا يضربه ونحو هذا فهذا الذى يكفر صاحبه عن يمينه وليس فى اللغو كفارة قال مالك فأما الذى يحلف على الشئ وهو يعلم أنه آثم ويحلف على الكذب وهو يعلم ليرضى به أحدا أو ليعتذر به الى معتذر اليه أو ليقتطع به مالا فهذا أعظم من أن يكون فيه كفارة

أو الكفارة فان علق يمينه على زمان يفعل فيه أو مكان أو صفة يفعل ذلك الفعل عليها لم يبر الا بفعله في تلك المدة أو في ذلك المكان أو على تلك الصفة فان فات شئ من ذلك وكان مما يفوت مثل أن يحلف ليفعلن ذلك في شهر معين فينقضي أو على بناء معين فينهدم ويذهب أو على صفة مثل أن يحلف ليفعلن ذلك ماشيا فيتعذر عليه ذلك بعذر يعلم انه لا يقدر عليه بقية عمره وقع الحنث بفوات ذلك وان أطلق يمينه لم يحنث بموته لان الفعل المحلوف عليه على الاطلاق ليس على الفور ولا يتعلق بزمان دون زمان فان فعله في بقية من عمره لم يحنث وان مات قبل أن يفعل فات بموته الفعل كما لو علقه على زمان معين ففات قبل الفعل

(فصل) وقوله فهذا الذي يكفر صاحبه يمينه وليس في اللغو كفارة يريد ان اليمين على المستقبل أهي التي تدخلها الكفارة لتحلها أو لترفع مأثمها وأما لغو اليمين فلا كفارة فيها لانها على مذهب مالك متعلقة بالماضي وهو مثل أن يحلف في رجل مقبل انه زيد وهو يعتقد ذلك فيه لاشك عنده فاذا اقرب منه تبين له انه غير ذلك فهذا عنده لغو اليمين ولا كفارة فيه ووجه ذلك انها ليست بيمين تنعقد ليفعل أو ليترك وانما هي يمين تصديق قوله وتأكيد ما أخبر به فلا يبقى لها بعد تمام التلفظ بها حكم لانها لا تمنع من فعل قبيح ذلك الكفارة ولا يبيح فعلا فتبيح تركه الكفارة

(فصل) وقوله فأما الذي يحلف على الشئ وهو يعلم انه آثم أو يحلف على الكذب وهو يعلم ليرضى به أحدا فهو أعظم من أن يكون فيه كفارة فان هذه اليمين أيضا ليست من جنس ما تتعلق به الكفارة لانها يمين على ماض ويمين الماضي لا تخلو من ثلاثة أحوال لا يجب بشئ منها كفارة أحدها أن يحلف على شئ انه قد كان كذا أو ما كان كذا وهو يعتقد صحة ما حلف عليه فيكون الأمر على خلاف ما حلف عليه فهذه لغو اليمين عند مالك ولا كفارة عليه ولا اثم (١) والثالث أن يحلف على ذلك ولا يعتقد ان الأمر على ما حلف عليه أما لانه يعلم ضد ما حلف عليه أو لانه يشك في ذلك فهذه اليمين الغموس سميت بذلك لانها غمست صاحبها في الاثم ولا كفارة لها لكونها متعلقة بالماضي وانما قال انها أعظم من أن تكون فيها كفارة لانها انعقدت على الاثم والتي تكفر لم تنعقد على اثم وانما انعقدت على الجواز وانما تجب عليه الكفارة بالحنث وقال الشافعي تجب به الكفارة والدليل على صحة ما نقوله ان هذه يمين لا تعلق للاستثناء بها فلا تعلق للكفارة بها أصل ذلك يمين اللغو

(فصل) وقوله والذي يحلف على الكذب وهو يعلم ليرضى به أحدا أو يعتذر به الى معتذر اليه أو ليقتطع بها مالا فهذا أعظم من أن تكون فيه كفارة يريد ان هذه كلها من الأيمان الغموس لانها انعقدت على اثم وكذب وهذا اذا اعتقد في نفسه مثل ما يظهر من حلفه فاما ان قصد الالغاز بيمينه فقد قال مالك فما كان من ذلك على وجه المكر والخديعة ليغر به من حق عليه فهو فيه آثم ولا يكفر وما كان من ذلك على وجه العذر أو الاستحياء من أخيك لما بلغه عنك فلا بأس به حكى ذلك عنه ابن حبيب فسوى مالك في هذا القول بين العذر وبين المكر والخديعة لقطع حق غيره وقال ان الاثم فيهما وقال ابن حبيب ما كان من هذا في مكر أو خديعة ففيه الاثم والنية نية الحالف وما كان في حق عليك فالنية نية الذي حلفك ورواه عن مالك فيجيء على هذه الرواية ان الاثم الذي في موضع المكر والخديعة لا يبلغ اليمين الى الغموس لانه ليس بحانث ولا حالف على باطل وانما هو آثم في المكر بأخيه وتطييب نفسه بيمينه ليتمكن من المكر به والخديعة له وان الاثم في قطع الحق لما كانت على نية من حلفك بلغت اليمين الى الحنث والغموس

(١) بقي عليه الثاني لم يذكره فلينظر

﴿ مالاتجب فيه الكفارة من اليمين ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر أنه كان يقول من قال والله ثم قال ان شاء الله ثم لم يفعل الذى حلف عليه لم يحنث ﴾ ش قوله من قال والله يتضمن ان اليمين يتعلق بالقول فمن نطق باليمين على وجه ينعقد به اليمين لزمه متضمنها وهل ينعقد بالنية دون القول فقد قال القاضي أبو محمد ان متأخرى أصحابنا اختلفوا فى ذلك فمنهم من قال يصح ومنهم من قال لا يصح بناء على صحة الطلاق بالقلب فان قلنا لا يصح فلا فرق وان قلنا يصح فالفرق بينه و بين الاستثناء أن اليمين التزام وايجاب والاستثناء رفع وحل للوجوب وما طريقه الالزام أبلغ مما طريقه الاباحة والتحليل فجاز أن ينعقد اليمين بالقلب وان لم ينعقد الاستثناء الا باللفظ (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان لفظ اليمين والله و بالله وتالله هذا اللفظ أكثر ما يستعمل ويجوز ذلك فى جميع أسماء الله تعالى فتقول والسميع العليم والقدير والبصير أو يحلف بصفة من صفات الله كقولك وقدرة الله وعزة الله أو لعمر الله أو أمانة الله أو عليك عهد الله وميثاقه وذمته وكفالته فهذه كلها حكمها حكم الايمان بالله فى اباحة الحلف بها غير الامانة وفى اللزوم والاستثناء والكفارة هذا المشهور من المذهب وقد روى أشهب من حلف بأمانة الله التى هى صفة من صفاته فهى يمين فان حلف بأمانة الله التى بين العباد فلا شئ عليه وكذلك قال فى عزة الله التى هى صفة ذاته وأما العزة التى خلقها فى خلقه فلا شئ عليه وكذلك قال ابن سحنون فى معنى قول الله تعالى سبحان ربك رب العزة عما يصفون انها العزة التى هى غير صفته التى خلقها فى خلقه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فمن حلف بالعزة والعظمة والجلال فهو كقوله وعزة الله وعظمته وجلاله انما هو حالف بالله تعالى لان ذلك لله تعالى (مسئلة) ومن حلف بصفات الله فحنث فعليه كفارة يمين وكذلك من حلف بالقرآن أو بالمصحف وروى على بن زياد فى العتبية عن مالك فمن حلف بالمصحف أن لا كفارة عليه قال الشيخ أبو محمد وهى رواية منكرة والمعروف عن مالك غير هذا وان صحت فانها محمولة على أنه أراد الحالف بذلك جسم المصحف دون المكتوب فيه وروى عنه ابن المواز قال يمينه بالمصحف أو بالكتاب أو بما أنزل الله يمين وفيها كفارة اليمين وقال ابن حبيب عن مالك من حلف بالمصحف و بالقرآن أو بسورة منه أو بآية منه زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أو بالكتاب وان لم يضف شيأ من ذلك الى الله تعالى فكفارته كفارة اليمين ووجه ذلك أن القرآن كلام الله تعالى وصفة من صفات ذاته فتى علق اليمين عليها فهى لازمة كالحلف بالله تعالى (مسئلة) ومن حلف بالتوراة والانجيل فقد قال سحنون عليه كفارة واحدة ان حنث ومعنى ذلك والله أعلم انها كتب منزلة من عند الله فلذلك تعلق بها حكم اليمين بالله (مسئلة) ومن قال أقسم بالله أو أحلف بالله أو أشهد بالله فلا خلاف انها أيمان فأما ان قال أقسم لأفعلن أو لا فعلت أو أحلف أو أشهد ولم يقل بالله فان أراد بذلك أقسم بالله فهى يمين خلافا لبعض أقوال الشافعى والدليل على مانقوله أنه لفظ يستعمل فى اليمين فعلق به حكم اليمين بالنية دون التلفظ باسم الله أصل ذلك اذا قال احلف و يدل على استعمال هذا اللفظ فيما قلناه قوله تعالى وأقسموا بالله جهد أيمانهم وقوله تعالى اذا أقسموا ليصرمنها مصبحين (مسئلة) فان لم يرد بها أقسم بالله أو أحلف بالله أو أشهد بالله فليست بيمين خلافا لأبى حنيفة فى قوله انها يمين والدليل على مانقوله ان الحلف قد يكون بغير اسم الله تعالى فاذا تعرت اليمين عن اسم الله تعالى وصفاته نية ولفظا أى عرفا فلا كفارة فيها كقولهم أشهد بالسماء والنجوم

﴿ مالاتجب فيه الكفارة من اليمين ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر أنه كان يقول من قال والله ثم قال ان شاء الله ثم لم يفعل الذى حلف عليه لم يحنث

والقمر والكعبة وما أشبه ذلك (مسئلة) ومن قال أعزم بالله عليك فليست بيمين وانما هي رغبة وتأكيد مسئلة ووجه ذلك أن هذا لفظ لا يستعمل في اليمين وانما يستعمل في التأكيد فلم يكن يمينا كقوله اسألك بالله

(فصل) وقوله ثم قال ان شاء الله يريد من كانت يمينه بالله فان الاستثناء يحلها ويمنع وقوع الحنث بمخالفتها والاصل في ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن سليمان عليه السلام قال لأطوفن الليلة بمائة امرأة تلد كل امرأة غلاما يقاتل في سبيل الله فقال له الملك قل ان شاء الله فلم يقل ونسي فطاف بهن فلم تلد منهن الا امرأة نصف انسان قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو قال ان شاء الله لم يحنث وكان أرجى لحاجته (مسئلة) وخص بذلك اليمين بالله تعالى لان الاستثناء لا يؤثر في غيرها سواء كانت اليمين بطلاق أو عتق أو مشي الى مكة أو غير ذلك وكذلك التزام شيء من ذلك أو ايقاعه لا يؤثر فيه الاستثناء مثل أن يقول لامرأته أنت طالق ان شاء الله أو يقول لعبده أنت حر ان شاء الله أو يقول علي المشي الى مكة ان شاء الله فهذا يلزمه جميع ما أوقع من ذلك ولا ينفعه الاستثناء وقال الشافعي لا يلزمه شيء من ذلك فان الاستثناء يحل اليمين بذلك كله والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ولم يفرق بين أن يستثني أو لا يستثني فيحمل على عمومه ودليلنا من جهة المعنى أن الاستثناء اختص باليمين بالله تعالى لانها يمين مشروعة مباحة فجعل لمن حلف بها مخرجا منها بالاستثناء كما جعل له مخرجا بالكفارة قال الله تعالى ومن يتق الله يجعل له مخرجا واليمين بالطلاق ممنوع فلم يجعل له مخرجا بالاستثناء كما لم يجعل مخرجا بالكفارة وتحرير هذا ان الاستثناء معنى يحل اليمين بالله فلم يكن له مدخل في حل اليمين بالطلاق كالكفارة (مسئلة) وهذا اذا كان الطلاق مطلقا غير معلق بصفة فأما اذا علق بصفة فقال ان دخلت الدار فأنت طالق ان شاء الله فقد قال مالك ان الطلاق يلزمه ولا ينفعه الاستثناء وقال عبد الملك بن الماجشون ان رد الاستثناء الى الفعل الذي حلف أن لا يفعله أثر الاستثناء في يمينه وان رده الى الطلاق لم يؤثر في يمينه وجه قول مالك ان هذه يمين بطلاق فلم يؤثر الاستثناء فيها أصلها اذا كانت غير معلقة بصفة ووجه قول عبد الملك بن الماجشون ان الاستثناء انما رجع الى الفعل ولم يرد به حل اليمين وانما يريد به ان شاء الله وقوع الفعل

(فصل) وقوله ثم قال ان شاء الله ثم لم يفعل الذي حلف عليه لم يحنث يحتمل أن يريد به أنه قال ان شاء الله على معنى حل يمينه وأما ان قال ذلك سهوا أو بمعنى ان ماشاء الله أن يكون كان أو امتثالا لقوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله قال القاضي أبو محمد أو تبركا أو تأكيدا أو سبق بذلك لسانه أو قصد التلفظ به ولم يقصد به شيأ فانه لا يحل شيء من ذلك يمينه ومتى حنث فيما حلف عليه وجبت عليه الكفارة وقد روى أشهب عن مالك في العتبية انه قال وكذلك من قالها بهجاء وذكر له قول عمر من قال ان شاء الله فقد استثنى فقال انما ذلك اذا نوى به الاستثناء يريد حل اليمين ص ﴿ قال مالك أحسن ما سمعت في الثنيا انها لصاحبها مالم يقطع كلامه وما كان من ذلك نسقا يتبع بعضه بعضا قبل أن يسكت فاذا سكت وقطع كلامه فلا ثنيا له ﴾ ش قوله ان أحسن ما سمع في الثنيا انها لصاحبها مالم يقطع كلامه يقتضي انه قد سمع غير ذلك وهو ماروى عن الحسن وطاوس ان للحالف الاستثناء مالم يقم من مجلسه وماروى عن ابن عباس انه كان يرى له الاستثناء متى ماذكر وتأول قول الله تعالى واذكر ربك اذا نسيت وهذا قد قال شيوخنا انه لا يثبت عن ابن

قال مالك أحسن ما سمعت في الثنيا انها لصاحبها مالم يقطع كلامه وما كان من ذلك نسقا يتبع بعضه بعضا قبل أن يسكت فاذا سكت وقطع كلامه فلا ثنيا له

عباس فان ابن عباس من أهل اللسان ولا يخفى عليه انه ليس من لغة العرب أن يذكر الانسان لفظا ثم يظهر الاستثناء منه بعد عام وقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت ليس من الاستثناء فى اليمين وانما أمر الله تبارك وتعالى نبيه صلى الله عليه وسلم أن لا يقول فى شئ انه يفعله غدا حتى يقول ان شاء الله وان كان قوله عاريا عن اليمين ثم أمره بما يفعله اذا نسى ذلك عند قوله فقال تعالى واذكر ربك اذا نسيت وهذا اللفظ يحتمل أن يريد به ذكر الله تعالى بالاستغفار أو بغير ذلك من وجوه الاذكار ويحتمل أن يريد بذلك أن يقول ان شاء الله تعالى متى ما ذكر بمعنى ان ما يشاء الله أن يكون كان لا على معنى الاستثناء فان الاستثناء لا يكون الا متصلا بالمستثنى منه فى لغة العرب ولو صحت هذه الرواية عن ابن عباس لكان معناها أن يذكر الله متى ما ذكر بأن ما شاء كان أو بغير ذلك من الاذعان على معنى الذكر والاستدراك ما فات منه لا على معنى حال اليمين

(فصل) وقوله ما لم يقطع كلامه يريد ان قطع الكلام يمنع الاستثناء وانما يكون الاستثناء اذا كان متصلا بالكلام ولا يقطع ذلك انقطاع النفس قاله ابن المواز وقال القاضى أبو محمد أو سعال أو تثاؤب أو ما أشبه ذلك لان قطع النفس للكلام ليس مما يقتضى تمام الكلام وانما يقتضى تمامه تركه من غير معنى غالب فيكون الرجوع اليه بعد الرضا بانعقاد ما تقدم منه وتمامه فأما اذا وصله بكلامه فلم يرض بانعقاد ما تقدم منه الا بما وصله من الاستثناء ولان الاستثناء لما لم يجز افراده بالنطق لانه لا يفيد شيأ لم يجز أن يتراخى عما يتعلق به كالشرط وخبر الابتداء (مسئلة) ولا يكون الاستثناء الا نطقا فان نواه من غير نطق لم ينعقد رواه ابن القاسم عن مالك قال القاضى أبو محمد كالكفارة ولو نوى ان عبده حر عن الكفارة لم يجزه الا أن يتلفظ به وكذلك الاستثناء

(فصل) وهذا فى الاستثناء بالله تعالى بمعنى حل اليمين لا نعلم فيه خلافا بين أصحابنا فأما الاستثناء على غير هذا الوجه فقد اختلف أصحابنا فى مسائل منه وذلك الاستثناء لاخراج بعض الجملة قال ابن المواز ألفاظ الاستثناء ثلاث لفظة ان كحلفه ليضربن فلانا ان شاء فلان ولفظة الا أن كحلفه ليسافرن الا أن يشاء فلان فهذان اللفظان لا تجزئ النية فيهما دون اللفظ وأما لفظة الا وهى مثل أن يحلف لا يكلم قرشيا الا فلانا وما آكل اليوم طعاما الا لحما فقد اختلف فيه فقيل يجزئه فيه النية كما يجزئ الحالف بالحلال عليه حرام محاشاة امرأته بنيته دون نطق والفرق بين الاولين إن والا أن أن اليمين مع الاستثناء بان أو بالا أن مستغرقة لاعيان ما يتناوله اللفظ وانما يؤثر الاستثناء فى بعض الصفات الأحوال واليمين مع الاستثناء بالا لم يبن على استغراق ما يتناوله لفظ اليمين بل قد يثبت على اخراج بعض ما تناولته فجرى ذلك عند من قال بذلك مجرى التخصيص اذا لم يتعلق بذلك حق يطالب به مثل أن يكون يمينه بطلاق ففى المجموعة عن ابن القاسم انه يصدق فى الفتوى دون القضاء يريد ان قامت بذلك بينة حكم عليه بالطلاق ولم يصدق فيما يدعيه فوجه القول بأن النية لا تنفعه فى الاستثناء بالا أن ان هذا استثناء يحل اليمين المنعقدة فلم تجز فيه النية دون النطق بالاستثناء بمشيئة الله تعالى ووجه القول الثانى ما قدمناه ذكره وما قاسه عليه من المحاشاة فى الحلال عليه حرام وذلك أن المشهور من المذهب ان قوله فى ذلك مقبول وقد روى أصبغ عن أشهب ان اليمين تلزمه ولا ينفعه ما ادعاه من المحاشاة فوقع الاختلاف فى الأصل كما وقع فى الفرع والفرق بين المسئلتين فى الحكم ثابت لان من جوز له المحاشاة فى الحلال عليه حرام قبل قوله فى ذلك وان قامت عليه بينة ولم يقبل قوله فى الاستثناء بالا والفرق بينهما ان ما يحلف به لا يقتضى الاستيعاب فان أصل الايمان والمباح منها اليمين

بالله تعالى وذلك مبني على التخصيص ولذلك لو قال الحالف الطلاق علي ان فعلت كذا لجاز أن يقول أردت به واحدة وذلك خلاف الاستيعاب والمحلوف عليه يقتضي الاستيعاب لانه اذا قال لا كلمت رجلا حمل على استيعابه وعمومه هذا على قول ابن القاسم وقد سوى بينهما فحمل المحلوف به والمحلوف عليه على الاستيعاب وفرق بينهما في اليمين بالطلاق العرف والعادة (فرع) ومن ذلك أن يحلف أن لا يخبر بخبر الا فلانا وينوي في نفسه وفلانا قال ابن المواز تنفعه نيته الا أن يكون على يمينه بالطلاق بنيته ووجه ذلك ان الاستثناء بالنطق لما دخل اليمين وعدل باللفظ العام عن ظاهره جاز أن يضاف اليه استثناء آخر بالنية فاما الحكم فيه مصروف اليه وما حكم عليه به يقبل منه انه نوى لان لفظ يمينه ظاهر ثابت بالنية وما يدعيه من الاستثناء بالنية غير معلوم (فرع) ومن ذلك أن يحلف لا كلمت فلانا ونوى شهرا روى أشهب عن مالك ان ذلك ينفعه في الفتيا دون القضاء وقال ابن القاسم وجه ذلك أن ظاهر لفظه يقتضي العموم ونية التخصيص فحمل عليها فيما بينه وبين الله تعالى وأما الحكم فلا يقبل منه انه نوى لان يمينه قد ثبتت ونيته غير ثابتة

(فصل) فاذا قلنا في الاستثناء بالله تعالى أو بغير ذلك لا تجزئه النية دون اللفظ فقد روى ابن حبيب عن أصبغ وغيره وان كان الحالف غير مستحلف أجزأه أن يحرك شفتيه وان لم يجهر به وان كان مستحلفا لم يجزه الا أن يجهر به وقاله ابن المواز فيما كان من الايمان بوثيقة حق أو شرط في نكاح أو عقد بيع أو ما يستحلفه أحد عليه لا تجزئه حركة اللسان حتى يظهره ويسمع منه (مسئلة) قد تقدم من القول أن الاستثناء لا يكون الا نطقا ولا بد أن يقصد به حل اليمين فيجب أن يبين موضع القصد الى ذلك فالذي عليه جمهور أصحابنا وهو قول مالك انه اذا كان نطقه بالاستثناء متصلا بيمينه وينوي ذلك مع أول استثنائه أجزأه ذلك وان لم ينو الاستثناء قبل الفراغ من اليمين وقال ابن المواز وان لم ينو ذلك قبل أن ينطق بآخر حرف من يمينه بطل استثناؤه وهو في قوله والله لا دخلت الدار فان لم ينو الاستثناء قبل النطق بالراء من الدار لم يجزه وجه قول مالك ان لفظ الاستثناء لما لم يشترط تقديمه على آخر حرف من اليمين لم يشترط ذلك في النية لان مجرد النية لا يؤثر ولو أثر مجرد النية دخل اليمين لاستغنى عن لفظه وهذا باطل باتفاق ووجه القول الثاني ان اليمين قد انعقدت بكمال النطق بها فلم يؤثر فيها الاستثناء كما لو فصل بينهما السكوت قال القاضي أبو محمد والأول أصح ص ﴿ قال مالك في الرجل يقول كفر بالله أو أشرك بالله ثم يحنث انه ليس عليه كفارة وليس بكافر ولا مشرك حتى يكون قلبه مضمرا على الشرك والكفر وليستغفر الله ولا يعد الى شيء من ذلك وبئس ما صنع ﴾ ش وهذا كما قال مالك ان من قال مثل ما قاله من انه كفر بالله ان قال كذا أو هو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو عليه غضب الله أو انه بريء من الاسلام ثم خالف ما عليه فانه لا يلزمه بذلك شرك ولا خروج عن دين الاسلام هل هو على اسلامه وانما يكون كافرا من اعتقد الكفر وأما من كرهه أو أبغضه أو اعتقد خلافه فلا يكون كافرا ولكنه آثم في يمينه تلك فليستغفر الله ولا يعد الى الحلف بها ولا يلزمه بيمينه تلك شيء خالفها أو وافقها وقال أبو حنيفة والثوري من قال هو يهودي أو نصراني أو كفرت بالله أو أشركت بالله أو برئت من الإسلام فهي يمين وعليه الكفارة ان حنث والدليل على ما نقوله ما روى الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف باللات والعزى فليقل لا إله إلا الله ومن قال تعال أقامرك فليتصدق فوجه الدليل انه صلى الله عليه وسلم أوجب عليه تكفير حلفه باللات والعزى وهو من جهة القياس ان هذه يمين مفسرة عريت

* قال يحيي وقال مالك في الرجل يقول كفر بالله أو أشرك بالله ثم يحنث انه ليس عليه كفارة وليس بكافر ولا مشرك حتى يكون قلبه مضمرا على الشرك والكفر وليستغفر الله ولا يعد الى شيء من ذلك وبئس ما صنع

عن اسم الله تعالى وصفاته نطقا ونية وعرفا فلم يجب بها كفارة يمين أصله اذا قال ان فعلت كذا فعليه القيام أو القعود أو النوم وأما ما روى ثابت بن الضحاك عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف بملة غير الاسلام كاذبا فهو كما قال فانه لا حجة فيه للمخالف لانه ان كان أراد به كما قال من الكفر فان المخالف لا يقول به وان كان أراد به كما قال من انه يلزمه ما حلف عليه فانه ليس فيه للمخالف حجة لانه ليس فيه ذكر كفارة يمين ومن عهد عهودا أو وعد عدة يلزمه أن يفي بذلك وان لم يلزمه يمين ووجه آخر وهو ان في الحديث ما يدل على انه انما هو الحلف على الماضي لانه هو الذي ينطلق عليه اسم الكذب وأما من حلف على أن يفعل فلا يوصف بالكذب ومعنى الحديث والله أعلم ان من حلف بذلك انه لم يفعل في الماضي فعلا أو لم يقل قولا وهو كاذب في ذلك فانه قد فعل ما حلف انه لم يفعله وقال ما حلف انه لم يقله

﴿ ما تجب فيه الكفارة من الايمان ﴾

ص ﴿ مالك عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف بيمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم من حلف بيمين فرأى غيرها خيرا منها يريد والله أعلم من حلف أن لا يفعل شيأ ثم رأى ان فعله أفضل في الدين أو أنفع في الدين فان له أن يكفر عن يمينه و يفعل الذي هو خير وكذلك ان اختار فعل ذلك ومالت اليه نفسه من غير اثم فان له أن يفعله و يكفر عن يمينه لان الكفارة تحل اليمين كما يحلها الاستثناء فيصير من كفر عن يمينه بمنزلة من لم يحلف وقدم في هذا الحديث الكفارة على الحنث بفعل ما حلف أن لا يفعله وقد ورد هذا الحديث أيضا بتقديم الحنث وهو قوله فليفعل الذي هو خير وليكفر عن يمينه على ان التقديم في هذا والتأخير لا يقتضي تقديم الحنث ولا تقديم الكفارة لان الواو لا تقتضي رتبة ولا خلاف أن تأخير الكفارة جائز وقد استحب مالك أن تكون الكفارة بعد الحنث فان قدمها قبل الحنث فهل يجزئه أم لا عنه في ذلك روايتان (فرع) فاذا قلنا انه تجوز الكفارة قبل الحنث فيصح عندي أن يكفر بكل ما يكفر به من صوم أو غيره وقال الشافعي لا يصح أن يكفر بالصوم قبل الحنث وانما يصح ذلك بالعتق أو الاطعام ووجه ذلك ان كل وقت صح أن يكفر فيه بالعتق فانه يصح أن يكفر فيه بالصوم أصل ذلك ما بعد الحنث ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول من قال على نذر ولم يسم شيأ ان عليه كفارة يمين قال مالك فاما التوكيد فهو حلف الانسان في الشئ الواحد مرارا يردد فيه الايمان يمينا بعد يمين كقوله والله لا أنقصه من كذا وكذا يحلف بذلك مرارا ثلاثا أو أكثر من ذلك قال فكفارة ذلك كفارة واحدة مثل كفارة اليمين ﴾ ش قد تقدم الكلام في النذر المطلق وان حكمه حكم اليمين بالله تعالى في الكفارة وكذلك سائر ما يتعلق به من الأحكام في الاستثناء وغيره وأما قوله في تأكيد اليمين مثل أن يحلف في الشئ الواحد مرارا فان ذلك ليس عليه فيه الا كفارة واحدة سواء كان ذلك في مجلس أو مجالس (مسئلة) ولو قال والله ثم والله ثم والله لا فعلت كذا ثم فعله فليس عليه الا كفارة واحدة الا أن ينوي لكل يمين كفارة كالنذر ورواه ابن المواز ووجه ذلك انها محمولة على التأكيد حتى ينوي لكل يمين كفارة كمن قال على ثلاث نذور فيلزمه حينئذ ثلاث كفارات (مسئلة) ومن قال والله لا فعلت كذا ثم قال على نذر ان فعلت كذا لزمه كفارتان ان فعل قاله ابن المواز لان حكم التزام النذر غير حكم الحلف فوجب

﴿ ما تجب فيه الكفارة من الأيمان ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف بيمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير قال يحيي وسمعت مالكا يقول من قال على نذر ولم يسم شيأ ان عليه كفارة يمين قال مالك فأما التوكيد فهو حلف الانسان في الشئ الواحد مرارا يردد فيه الايمان يمينا بعد يمين كقوله والله لا أنقصه من كذا وكذا يحلف بذلك مرارا ثلاثا أو أكثر من ذلك قال فكفارة ذلك كفارة واحدة مثل كفارة اليمين

لكل واحد منهما موجبه ولذلك لو قال على عشرة نذور ان فعلت كذا لزمه عشر كفارات بخلاف تكرار اليمين ولو قال على نذر ان فعلت كذا ثم قال على نذر ان فعلت كذا فعليه كفارتان الا أن يريد بالثاني الأول لان كل قول من ذلك التزام لما تضمنه (فرع) والفرق بين اليمين والنذر ان اليمين معناها المنع من فعل أو التزامه فاتكررمنها فانما يتعلق بما تعلق به ماقبله على وجه التأكيد له فوجب به ماوجب بما قبله وأما النذر فالتزام تام لو انفرد عن الحلف لكان التزاما تاما فكان لكل نذر من ذلك حكمه وأيضا فان اليمين لا تتضمن الكفارة وانما شرعت حلا لها كالاستثناء فوجب أن تحل الكفارة جميع ماتقدمها من الايمان كالاستثناء المتعقب لايمان متصلة وليس كذلك النذر فانه يتضمن ملتزما فلزم بالأول مالزم بالثاني لما كان مقتضاهما واحدا يدل على ذلك انه لو قال والله ووالله ووالله لافعلت للزمه كفارة واحدة ولو قال على نذر وعلى نذر وعلى نذر ان فعلت كذا ثم فعله لزمه ثلاث كفارات والله أعلم (مسئلة) ومن قال على أربعة ايمان ففي العتبية عليه أربع كفارات قال الشيخ أبو محمد وأعرف ان ابن المواز قال عليه كفارة واحدة الا أن تكون له نية وجه القول الأول ان هذا التزام وذلك يوجب عليه أربع كفارات كما لو قال عليه أربعة نذور ووجه القول الثاني ان الايمان طريقها الحلف وتكرارها يقتضي التأكيد حتى ينوي به غير ذلك على ماتقدم ذكره (مسئلة) ومن قال في يمينه بالله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم العزيز العالم عالم الغيب والشهادة مالك يوم الدين ثم حنث لم يجب عليه الا كفارة واحدة ولو قال على عهد الله وميثاقه لزمه كفارتان لان الأول حالف بمحلوف واحد ووصفه بصفات كثيرة والثاني كان يمينه بالعهد ثم أضاف اليه الميثاق فلزمه كفارتان (مسئلة) ومن قال على عهد الله وأشد ما اتخذه رجل على رجل لزمه في العهد كفارة واختلف أصحابنا في قوله وأشد ما اتخذه رجل على رجل ففي العتبية من رواية عبد الملك ابن الحسن عن ابن وهب فيه كفارة يمين وروى عن ابن القاسم انه ان لم تكن له نية يلزمه الطلاق لنسائه والعتق لرقيقه والصدقة بثلث ماله ويمشي الى الكعبة ورواه ابن المواز قال عيسى وان حاشا الطلاق والعتق من ذلك فعليه ثلاث كفارات يريد والله أعلم الصدقة والمشي وكفارة الايمان ووجه القول الأول ان أشد ما اتخذه رجل على رجل انما يقتضي يمينا واحدة ولا يمين أعظم من اليمين بالله ولا اثم أعظم من اثم من اجترأ على الحنث بها فكانت يمينه باشد ما اتخذه رجل على رجل مقتضية لليمين بالله تعالى فلذلك لزمت به كفارة اليمين بالله ووجه قول ابن القاسم ان الحالف بذلك انما يقتضي حلفه به التشديد عليه في المخالفة ليمينه وتعظيم النسنة عليه بذلك انما يكون بكثرة مايلزمه بالحنث فيها وأما مقادير المأثم فالله أعلم بها ولو أراد اليمين بالله لاجتزأ بما تقدم له من يمينه فلذلك حمل على اجتماع الايمان ولزوم جميع أنواعها (مسئلة) وأما من قال الحلال عليه حرام فلا يخلو أن يحلف بذلك ابتداء أو يحلف لمن يستحلفه فان حلف بذلك ابتداء فان الطلاق يلزمه ان لم تكن له نية أو كانت له نية العموم في قول ابن القاسم وأشهب وان نوى محاشاة الطلاق والعتق فلا يخلو أن تكون عليه بينة أولا تكون عليه بينة فان كانت عليه بينة فقال الشيخ أبو بكر يحلف على ذلك وقيل لا يمين عليه وقال ابن القاسم له نيته وقال أشهب ولو قال الحلال كله على حرام لم يمنعه محاشاة امرأته بنيته حتى يسميها بالكلام ولا فرق بين قوله الحلال على حرام وبين قوله الحلال كله حرام الا التأكيد للعموم لان من يقول ان قوله الحلال على حرام للعموم يقول ان لفظة كل للعموم ومن يقول ليست للعموم ولا للعموم لفظ موضوع فانه ينفي أن يكون لفظة كل تقتضي العموم فاما أن يكون أشهب ينفي

العموم فى الألف واللام التى للجنس ويثبتها فى كل واما أن يثبت العموم فيهما ويجعل للتأكيد
مزية تمنع الاستثناء بالنية دون اللفظ وعلى هذا يصح أن يجرى قوله فى الأيمان اللازمة اذا ثبت فيها لفظ
كل أو عريت عنها والله أعلم (مسئلة) وأما أن يستحلف فقد قال ابن القاسم فى الموازية سواء استحلفه
الطالب أو ضيق عليه حتى يحلف أو خاف أن لا يتخلص منه الا باليمين فانه لا تنفعه نيته وروى ابن حبيب
عن مطرف عن مالك وتنفعه نيته فى محاشاة الزوجة لا اختلاف فى الناس فى هذا اليمين وأما فى غير ذلك
فلا تنفعه المحاشاة ولا النية واليمين على نية المستحلف وقاله ابن الماجشون (مسئلة) ومن قال عليه
أيمان البيعة فلما حلف قال لم أرد الطلاق ففى كتاب ابن المواز ذلك الى نيته وهذا يقتضى انه ان قال
لم أنو شيأ لزمه من الطلاق والعتق ما لزمه فى قوله أشد ما اتخذه رجل على رجل هذا عندى مثل اليمين
التى يجرى فى بلدنا من قول الحالف الأيمان لازمة وقد رأيته فى بيعة أهل المدينة ليزيد بن معاوية وفيما
بعدها من عهود الخلفاء ولفظ الأيمان اللازمة لم أر فيه للمتقدمين أصولا مخلصة وقد اختلف فيها من
عاصرنا من الفقهاء فأما العلماء فأجمعوا على أنها أيمان لازمة يجب بها الطلاق والعتق والمشى الى
مكة والصدقة بثلث المال وصيام شهرين واختلفوا فى الطلاق الواجب بذلك فكان الشيخ أبو
عمران بن أبى حاج رحمه الله وأكثر من بلغنا قوله من أهل افريقية يجعلون ذلك طلقة واحدة وكان
معظم أهل بلدنا يجعلونها ثلاثا وحكاه الشيخ عبد الحق عن أبى بكر بن عبد الرحمن وهو الأظهر
عندى على أصل مالك واحتج فى ذلك أبو بكر بن عبد الرحمن بأن الحرام انما يكون فى المدخول بها
ثلاثا وهو من جملة الايمان فلزمنا أن يلزمه من كل نوع من أنواع الايمان أوعبها لايجابنا عليه يمينا من
كل نوع من أنواع الأيمان ولو لم يلزمه أوعبها لاخللنا ببعض أنواع الايمان واذا ألزمناه أوعب أنواع
الطلاق لزمنا أن نلزمه البتة أو الحرام من نوع الطلاق وهو مما يستعمل كثيرا فى قولهم الحلال على
حرام فيجتمع فيه انه أوعب ما فى الباب مع عرف الاستعمال ولذلك أوجبنا عليه فى الحج ماشيا الى
مكة دون العمرة ودون الحج راكبا لما كان ذلك أبلغ فى اليمين وأوعب لما يحلف به من هذا النوع
ووجه ما قاله القرويون فى هذا التعلق بعرف استعمال هذه الالفاظ فأكثر ما يستعمل أنت طالق
ان فعلت كذا فان قلت كذا فكان عرف استعمال اللفظ فى الواحدة أكثر فحملوه عليه ولذلك قالوا
فى الحج يلزمه المشى لأنه أكثر ما يستعمل بهذا اللفظ عليه المشى الى مكة ان فعل كذا وان قال كذا
ولا يكاد يستعمل بغير هذا اللفظ قالوا ويحلف الرجل بصدقة ماله فيلزمه ثلثه فلو جاز أن يقال يلزمه
من الطلاق الثلاث لما جمع الايمان للزمه أيضا أن يتصدق بجميع ماله وفى هذا القول نظر نذكره
ان شاء الله فى هذا الموضع ويلزمهم على هذا الحلال على حرام فانه لفظ مستعمل كذا وقع فيلزم منه
أوعب ما فى الباب فيجب أن يحمل الطلاق عليه (فرع) اذا ثبت ذلك فتقرير ما تحقق عند الابى
هذه اليمين من أقوال الشيوخ يعنى عن ابن لبابة ومحمد بن عمر انه كان يقول ينوى فان قال لم أنو
الطلاق ولم أنو الا طلقة واحدة صدق ورأيت للشيخ أبى عمران فى نسخة جوابا عن هذه المسئلة
فى الذى يقول يلزمنى جميع الايمان ينوى الحالف فان زعم انه قصد بعض الأيمان دون بعض حمل على
ذلك ولم ينو شيأ ولكنه عم لزمه غاية التشديد وما جرت به عادة الحالفين وان لم ينو عموما ولا خصوصا
فهو موضع اشكال يؤمر صاحبه بالاحتياط والتزام جميع ما يخاف أن يكون دخل تحت لفظه
بعرف الاستعمال ولا يقضى عليه بذلك وروى عنه أنه قال يلزمه جميع الأيمان من الطلاق والعتق
وغير ذلك فقيل له ما يلزمه من الطلاق فقال فى ذلك تنازع وأرى أن الواحدة عليه بلاشك ويستحب

له أن يلزم نفسه مازاد على ذلك فقيل له من الايمان فقال هذا مالاغاية له وكذلك من الايمان كلما تزوجتك فأنت طالق فيجب أن يلزمه ذلك فظاهر قول أبي عمران في الجواب الاول يقتضي نفي القول بالعموم وانه اذا نوى العموم لزمه أشد مايستعمل في ذلك وهو راجع الى مانقوله لقولنا بالعموم وما ألزمه من قولنا كلما تزوجتك فأنت طالق غير لازم لانه انما تلزمه الايمان المطلقة دون الايمان المعلقة بصفة * قال الامام أبو الوليد رحمه الله وعندي انه يجب أن يتفرع القول في هذه اليمين على حسب ماقدمناه من أقوال المالكيين في الحالف بالحلال عليه حرام و يرتب على ذلك الترتيب وقد قدمناه قبل هذا وبالله التوفيق وقد رأيت لبعض أهل اللغة قولا أراه أراد به تسهيل هذه اليمين لانهم يروون عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كل يمين وان عظمت فان كفارتها كفارة يمين يريدون انه لايجب على الحالف بالايمان اللازمة الا كفارة يمين وهذه الرواية لاتصح عن عائشة فيما علمت ولو صحت لجاز أن يلحقها التخصيص أو يكون ذلك رأيا رأته لم توافق عليه فرأيت للجرجاني انه قال لا إله الا الله اسم لجميع الايمان قال وأراد لا إله الا الله وما اتصل بها من جميع أسبابها وآلاتها وهو الذي ادعاه من أن لا إله الا الله اسم لجميع الايمان لاسبيل له الى اثباته من جهة لغة ولا شرع ولا أورد في ذلك شيأ يتعلق به ولو صح ما ادعاه من ذلك لم يكن فيه تعلق بل هو عكس مانقوله لانهم يقولون ان الايمان اللازمة اسم للحلف بالله فلا يلزم بها الا مايلزم الحالف بالله وأما اذا كانت اليمين بالله اسما لجميع الايمان فيجب أن يلزم الحالف بها جميع الايمان وهذا لايقوله أحد والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فمن حلف بالايمان اللازمة لزمه الطلاق في جميع من عنده من النساء لان يمينه متعلقة بجميعهن فان لم تكن عنده امرأة لم يلزمه فيمن يتزوج في المستقبل لان الحلف بذلك نوع من الطلاق ولا يلزم منه الا أعمه أو المعتاد منه وليس هذا بأعمه ولا المعتاد منه ولاهو قربة فيلزمه بالنذر

(فصل) وأما الصيام فالذي يلزم منه على قولنا صيام شهرين متتابعين وهو أعم ماورد به الشرع من هذا النوع .

(فصل) وأما العتق فان كان عنده رقيق عتق عليه جميعهم لان حكم اليمين متعلق بجميعهم كالطلاق وان لم يكن عنده رقيق فعليه عتق رقبة ولا يلزمه أكثر من ذلك لان مازاد على ذلك انما يقتضي التكرار ولا يلزم ذلك بهذه اليمين ولا غيرها

(فصل) وأما الصدقة فقد نص أصحابنا على أن الذي يجب في أشد ما أخذ رجل على رجل أن يتصدق بثلث ماله وهذا مبني على التعلق بالعرف لان أكثر من يحلف انما يحلف بصدقة ماله و يجب بذلك عند المالكيين الثلث لان عرف الشرع متعلق به دون غيره من المقادير ولو تعلق به ذلك بأكثر مما يلزم من ذلك من غير عرف لوجب عليه أكثر ماله أو جميعه على حسب مالزم بالصدقة أو بالجزء الشائع لكنه لايجيء على قول أصحابنا الا التعلق بالأكثر مع العرف والعادة على قول أهل بلدنا والتعلق بالعرف خاصة عند القرويين (فرع) فاذا قلنا انه يلزمه الطلاق بالايمان اللازمة لتناول اللفظ له فقال اني حاشيت الطلاق أو العتق أو شيأ من ذلك بنيتي فاما مالا يطالب به من الصوم والمشي الى مكة والعتق غير المعين فلا خلاف في تصديقه فيه * وأما ماللامام المطالبة فيه كالطلاق والعتق المعين فيجري القول فيه على اختلاف شيوخنا فيمن حلف بالحلال عليه حرام أو بالحلال كله عليه حرام ثم ادعى انه حاشا الزوجة بنيته وقد تقدمت أقوالهم في ذلك بما يقف عليه الناظر في موضعه ان شاء الله تعالى ص *(قال مالك فان حلف رجل مثلا فقال لا والله لا آكل هذا الطعام ولا ألبس هذا الثوب ولا أدخل هذا البيت فكان هذا في يمين واحدة فانما عليه كفارة واحدة وانما ذلك كقول الرجل

قال مالك فان حلف رجل مثلا فقال والله لا آكل هذا الطعام ولا ألبس هذا الثوب ولا أدخل هذا البيت فكان هذا في يمين واحدة فانما عليه كفارة واحدة وانما ذلك كقول الرجل

لامرأته أنت الطلاق أن كسوتك هذا الثوب وأذنت لك الى المسجد يكون ذلك نسقا متتابعا في كلام واحد فان حنث في شيء واحد من ذلك فقد وجب عليه الطلاق وليس عليه فيما فعل بعد ذلك حنث انما الحنث في ذلك حنث واحد * ش وهذا كما قال ان من حلف يمينا واحدة تضمنت أشياء أن لا يأكل طعاما معينا ولا يلبس ثوبا ولا يدخل بيتا ولا يكلم رجلا فانها يمين واحدة يجزئ في حلها بالاستثناء استثناء واحد وفي حلها بالكفارة كفارة واحدة ويحنث بفعل الامتناع من ابعاض ذلك الفعل كمن حلف أن لا يأكل هذا الرغيف فأكل منه فانه يحنث به في الظاهر من المذهب وكذلك من حلف على ما ذكرناه فأكل الطعام أو لبس الثوب أو دخل البيت أو كلم الرجل فانه قد فعل شيأ مما حلف أن لا يفعله فدخل عليه الحنث بذلك (مسئلة) وهذا اذا حلف على النفي وهو اذا حلف أن لا يفعل فلو حلف على الايجاب وهو أن يحلف ليفعلن مثل أن يحلف ليأكلن الخبز وليلبسن الثوب وليدخلن البيت وليكلمن زيدا فانه لا يبر الا بفعل ذلك كله لانه قد حلف على الاتيان بجميعه (مسئلة) ومن حلف لامرأتيه فقال ان دخلتما الدار فأنتما طالقتان فدخلت واحدة فقد روى عيسى عن ابن القاسم يحنث فيهما ويطلقان وهو قول مالك وقد روى عن مالك تطلق الداخلة وحدها وقاله أشهب وفي المدونة لا شيء عليه حتى تدخل المرأتان الدار وجه القول الأول ان الحلف على نفي الفعل والامتناع منه يوجب الحنث بفعل بعضه لان ذلك يقتضي المنع من قليله وكثيره أصل ذلك من حلف أن لا يأكل الرغيف فأكل بعضه ولان هذا الحالف قصد منع كل واحدة من المرأتين من دخول الدار وفعل يخرج يمينه وحنثه فيهما بطلاقهما فمن حنث في شيء من يمينه فانما يحنث بطلاقهما جميعا ووجه الرواية الثانية أن الفعل الذي اقتضت يمينه المنع منه انما هو دخول الدار وقد وجد جميعه ولم تقتض اليمين استيعاب طلاقهما بدخول واحدة منهما الا ان ما يجب به العموم لا يقتضي العموم والاستغراق وانما يقتضي أقل ما يقع عليه الاسم أو ما يعلم انه قصده باليمين والظاهر من هذا انه انما قصد منع كل امرأة من دخول الدار وأقسم على ذلك بطلاقهما ووجه رواية المدونة أن يمينه انما اقتضت أن لا تدخل زوجتاه الدار ومن ذلك منعته يمينه ولم يوجد ذلك بدخول احداهما فلم يحنث في شيء من يمينه ص * قال مالك الأمر عندنا في نذر المرأة انه جائز عليها بغير اذن زوجها يجب عليها ذلك ويثبت اذا كان ذلك في جسدها وكان ذلك لا يضر بزوجها وان كان يضر بزوجها كان ذلك عليها حتى تقضيه * ش وهذا كما قال ان نذر ذات الزوج لازم لها فان كان ذلك بغير اذن زوجها فان ذلك على ضربين ضرب يتعلق بالمال وضرب يتعلق بالجسد فاما ما تعلق بالمال فلا يخلو ان تقتصر به على الثلث فما دونه أو تزيد على ذلك فان اقتصرت على الثلث فما دونه فلا اعتراض فيه للزوج لان كل حر حجر عليه في الصدقة بماله دون المعارضة فيه لحق غيره فانه يجوز تصرفه في ثلثه ولا تجوز له الزيادة على ذلك كالموصي ولانه لا خلاف ان لها ان تتصدق باليسير واذا احتجنا الى الفرق بين اليسير والكثير فالحد في ذلك ما ورد به الشرع من الثلث وما زاد على ذلك فالمرأة ممنوعة منه لتعلق حق الزوج بمالها يدل على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يمينك فاذا كانت انما تنكح لمالها لم يكن لها بعد ان زيد في صداقها من أجله ان تتلف جميعه وتهبه غيره (مسئلة) فان زادت في ذلك على الثلث كان للزوج الرد خلافا لأبي حنيفة والشافعي لما قلناه من انها اذا زادت على الثلث فهي متعدية في ذلك على الزوج فيجب ان يرد تعديها وما كان من الثلث فأقل فليست بمتعدية فيه لما ذكرناه فلذلك لم يرد (فرع) اذا ثبت ان له الرد فهل له رد

لامرأته أنت الطلاق ان كسوتك هذا الثوب وأذنت لك الى المسجد يكون ذلك نسقا متتابعا في كلام واحد فان حنث في شيء واحد من ذلك فقد وجب عليه الطلاق وليس عليه فيما فعل بعد ذلك حنث انما الحنث في ذلك حنث واحد

* قال مالك الأمر عندنا في نذر المرأة انه جائز بغير اذن زوجها يجب عليها ذلك ويثبت اذا كان ذلك في جسدها وكان ذلك لا يضر بزوجها وان كان ذلك يضر بزوجها كان ذلك عليها حتى تقضيه

ذلك كله أم رد ما زاد على الثلث منه المشهور من مذهب مالك وهو قول ابن القاسم ان له رد جميعه وقال ابن الماجشون انما يرد ما زاد على الثلث الا في العتق فانه يرد جميعه لما فيه من عتق البعض من غير تقويم وجه القول الأول الزوجة اذا زادت في هبتها كانت متعدية ولم يختص التعدي بما زاد على الثلث بل اختص بالجميع فوجب ان يرد جميعه لانها ممنوعة منه لحق الغير مع بقاء المال على ما كها كالمفلس وبهذا فارق الوصية فان الموصي يمنع من الزيادة على الثلث مع خروج المال عن ملكه فلذلك رد الى الثلث ووجه القول الثاني أن كل من له التصرف في ثلثه فانه يرد ما زاد عليه كالموصي وهو أقيس وأجرى على الاصول (فرع) واذا قلنا ان للزوج الرد أو الاجازة فهل ذلك موقوف على الاجازة أو الرد قال أصبغ هو على الاجازة حتى يرده وقال مطرف وابن الماجشون هو مردود حتى يجيزه الزوج وجه القول الاول أن ذلك مال للزوجة وهي جائزة الامر فيما أوجبته في مالها فهو جائز ووجه القول الثاني أن ذلك ممنوع لحق الزوج فلم يجز منه شئ الا باجازته (مسئلة) واذا شهد الزوج قبل يمينها أنها متى حلفت في كذا وحنثت فقد أجزت ما حلفت به لم يلزمه ذلك ولو أشهد بذلك بعد يمينها وقبل الحنث لزمه ذلك ولم يكن له الرجوع فيه قاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ ووجه ذلك أنه اذا أشهد بذلك قبل يمينها فقد أشهد قبل سبب الوجوب عليها وعليه من ترك الاعراض في شئ قبل وجوبه أو وجود سبب وجوبه لم يلزمه ذلك (مسئلة) واذا حلفت بأكثر من ثلثها ولا زوج لها فتزوجت ثم حنثت فللزوج رد ذلك قاله ابن المواز ورواه ابن حبيب عن أصحاب مالك ووجه ذلك ما قاله من أن الاعتبار بحال الحنث دون حال اليمين

(فصل) وأما ما يتعلق بجسدها كالصلاة والصيام والحج فانه على ضربين أحدهما أن يضر بالزوج ككثير الصيام والحج والثاني لا يضر به كصلاة ركعتين وصيام يوم فان كان ذلك يضر بزوجها منعها منه لأن حقه قد تعلق بالاستمتاع بها فليس لها أن تأتي بما يمنع منه ولكن ذلك يبقى بذمتها حتى تجد الى أدائه السبيل وان كان ذلك مما لا يضر بالزوج كان لها تعجيل فعله ولم يكن للزوج منعها منه والله أعلم وأحكم

﴿ العمل في كفارة الايمان ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول من حلف بيمين فأكدها ثم حنث فعليه عتق رقبة أو كسوة عشرة مساكين ومن حلف بيمين فلم تؤكدها ثم حنث فعليه اطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد من حنطة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ﴾ ش قوله من حلف على يمين فأكدها يحتمل أن يريد بتأكيدها تكرار وصف الله تعالى بصفاته مثل أن يقول بالله الذي لا إله الا هو الرحمن الرحيم السميع العليم العزيز الحكيم ويحتمل أن يريد به تأكيدها بتكرارها مرارا ولعله كان يعتقد الامرين جميعا فكان يرى في تأكيدها أن يأخذ ذلك بأرفع الكفارات وهو العتق أو يرفع عن أدنى الكفارات الذي هو الأطعام الى ما هو أرفع وهو الكسوة والاطعام وانما ذلك من عبد الله بن عمر في التأكيد على وجه الاستحباب والله أعلم وأما كفارة اليمين فانها على التخيير بين الرقبة والاطعام والكسوة فمن لم يجد شيئا من ذلك صام والاصل في ذلك قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك

﴿ العمل في كفارة الأيمان ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول من حلف بيمين فوكدها ثم حنث فعليه عتق رقبة أو كسوة عشرة مساكين ومن حلف بيمين فلم يؤكدها ثم حنث فعليه اطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد من حنطة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام

كفارة أيمانكم اذا حلفتم (مسئلة) وصفة الرقبة أن تكون مسلمة كاملة الرق وتأخرت مسائل من هذا الباب الى الظهار (مسئلة) وأما سلامة الخلقة فان النقص على ضربين نقص من ظاهر جسمه ونقص من منافعه قال شيوخنا العراقيون انه اذا كان على صفة يمكنه معها التصرف الكامل والتكسب غالبا فانه يجزئ مثل أن يكون مقطوع الانملة قال ابن حبيب يجوز الجدع الخفيف أو الصمم الخفيف أو العرج الخفيف وذهاب الضرس وان اسودت ووجه ذلك ماقدمناه (مسئلة) فأما أقطع اليد أو أقطع الرجل أو الاشل أو الاعمى أو المقعد أو الأخرس فانه لاخلاف فى المذهب أنه لايجزئ شئ من ذلك فان كان أراد بالخرس البكم فذهب ابن القاسم الى أنه لايجزئ وسيأتى ذكره بعد هذا وان كان أراد بالخرس تغيير مخارج الحروف فان كان ذلك شديدا يعسر فهمه غالبا فانه مؤثر فى تصرفه فلذلك منع الاجزاء (مسئلة) ولايجزئ من الامراض من به جنون مطبق أو جذام أو فالج أوسل أو رمد أو برص فاحش قال ابن الماجشون فى المبسوط لا يجزئ الابرص وقال ابن الماجشون فى الواضحة الا البرص الخفيف قال أشهب أو المريض الذى ينازع أو المقطوع الابهامين قال القاضى أبو محمد من اليدين والرجلين فهذا كله لايجزئ لأن هذه معان تمنع التصرف والتكسب وهى من المعانى التى لا يرجى برؤها وأما المريض الذى به الحمى أو الرمد أو الظفر فانه يجزئ لأن هذه المعانى وان كانت الآن تمنع التصرف والتكسب فانها معان يرجى زوالها قال ابن الماجشون فى الواضحة يجوز عتق المريض الا الذى ينازع واختلف قول مالك فى الاعرج فقال مرة يجزئ وقال مرة لايجزئ ثم رجع الى أنه ان كان عرجا خفيفا أجزأ وقال أبو حنيفة يجزئ أقطع اليد والرجل والدليل على مانقوله قوله تعالى فتحرير رقبة واطلاق الاسم يقتضى السلامة ودليلنا من جهة القياس أن هذا نقص يمنع التصرف التام فوجب أن يمنع الاجزاء كما لو كان مقطوع الرجلين (مسئلة) واختلف فى الخصى فقال ابن القاسم لا يجزئ وقال أشهب يجزئ وجه القول الاول أنه ناقص الخلقة كالاعور والاشل ووجه القول الثانى أن هذا نقص لايؤثر فى عمله وتصرفه كالفحج وأيضا فانه أغلى ثمنا من غيره (مسئلة) اختلف فى أقطع الابهام الواحدة فقال ابن القاسم فى المدونة لايجزئ وكذلك قال فى المقطوع الاصبع والاصبعين وقال غيره يجزئ مقطوع الاصبع واختلف قول ابن القاسم فى ذلك فى المبسوط فقال مرة يجزئ مقطوع الاصبع وقال مرة لايجزئ مقطوع الاصبع (مسئلة) واختلف فى الاعور فقال مالك والمصريون يجزئ وقال عبد الملك لايجزئ وهو قول مالك فى المبسوط وجه قول مالك أن العين الواحدة تقوم مقام العينين أو قرب ذلك فكان كمن بعينيه ضعف ووجه قول مالك ان نقصه مايجب به نصف الدية كاقطع اليد (مسئلة) واختلف فى الأصم فقال مالك لايجزئ وقال أشهب يجزئه وجه قول مالك ما احتج به القاضى أبو محمد من أنه نوع منفعة كاملة يضر بالعمل ويجب فيها الدية الكاملة كالعمى ووجه قول أشهب ماقاله القاضى أبو محمد أيضا من ان ذهاب السمع لايضر بالعمل ولا بالتصرف كبير إضرار لان أكثر مافيه صعوبة فهمه للكلام وذلك يوصل اليه مايقوم مقامه من الاشارة ومن يتعذر عليه فهم الكلام لعجمته أو لبعد فهمه يجزئ ففى مسئلتنا مثله (مسئلة) وأما المقطوع الاذنين فقال ابن القاسم فى المدونة لايجزئ قال القاضى أبو محمد خلافا لاصحاب الشافعى والدليل على ذلك أن فيهما منفعة وهى حوش الصوت الى السمع ودفع الضرر عنه مع مافى ذهابهما من التشويه بالخلق وفى المبسوط عن ابن القاسم ان الجدع

في الأذن يجزي، (مسئلة) والبكم يمنع الاجزاء قال ابن القاسم في المبسوط لا يجزي، الأخرس في شيء من الكفارات وذلك خلاف للشافعي قال القاضي أبو محمد وان كان معه صمم فهو أبين لان فقد الكلام يجري مجرى فقد البصر واليد والرجل لانه يضر بعمله وينقص تصرفه ويضعف فهمه وافهامه (مسئلة) ولا يجوز الذي ذهب جل اسنانه فان ذهب أقلها فانه يجزي، قال ابن القاسم في الواضحة وتأخرت مسائل من هذا الباب الى الظهار والى العتق وبالله التوفيق (مسئلة) ومن ابتاع أمة فاعتقها عن واجب ثم ظهر بها حمل فلا تجزي، قاله في العتبية وله أن يرجع بقيمة العيب قال مطرف وابن الماجشون ولا يجزي، عتق العبد الآبق الا أن يوجد بعد العتق سليما ويعلم انه كان يوم عتقه صحيحا فأما ان كان يومئذ عليلا ثم صح أو صحيحا ثم اعتل لم يجزه حتى يكون صحيحا في الحالين قال أصبغ وروى أكثره عن ابن القاسم ومعنى ذلك كان يكون المرض مما يمنع الاجزاء وأما ان كان مريضا لا يمنع الاجزاء فانه يجزي، وفي هذا اشارة الى انه لا يجزي، عتق المريض

(فصل) وقوله فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام يريد من لم يجد شيأ مما ذكر فوق هذا فانه ينتقل الى الصيام ولا يجزئه الصوم مع وجود رقبة أو كسوة أو اطعام وقد روى ابن المواز عن مالك لا يصوم الحانث حتى لا يجد الا قوته ويكون في بلد لا يعطف عليه فيه وروى ابن مزين عن ابن القاسم ان كان له فضل عن قوت يومه أطعم الا أن يخاف الجوع وهو في بلد لا يعطف فيه عليه ويعتبر في ذلك أن يجد فضلا عن قوت يومه الذي ذكر ما يعتق فيه رقبة كاملة أو يكسو الكسوة التي تجزئه أقل ما يجزي، من اطعامهم فان قصر ما عنده عن ذلك فليس بواجد ويجزئه الصيام ووجه ذلك ان وجود ذلك معتبر بوجود العين التي يخرجها وذلك لا يصح عدمه والثاني أن يجد في ملكه قيمتها مما يلزمه اخراجه فيها وكل ما كان عنده من عين أو عرض يتصرف في ذلك (مسئلة) والاعتبار في ذلك بحال التكفير دون حال اليمين وحال الحنث وان كان حين اليمين معسرا ثم أيسر قبل أن يشرع في التكفير لم يجزه الصيام لانه الآن واجد للعتق أو الاطعام فان تلبس بالصوم ثم أيسر أجزأه أن يتمادى على صومه لانه قد تلبس بالصوم (مسئلة) فان كان موسرا يوم الحنث فترك التكفير حتى أعسر فصام ثم أيسر فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم انه يعتق قال ولم أسمعه من مالك والمشهور عن مالك انه يجزئه وجه القول الاول عندي الاستحباب والمشهور من قول مالك وأصحابه الاعتبار بحالة التكفير كمن يتمكن من الصلاة في أول الوقت فلم يؤدها حتى مرض فلم يقدر على القيام انه يجزئه أن يصلي جالسا ولا قضاء عليه وان أطاق بعد ذلك القيام (مسئلة) واذا أذن السيد لعبده أن يكفر بالاطعام فصام فهل يجزئه قال ابن حبيب لا يجزئه لانه بالاذن خرج عن أن يكون من أهل الصيام وفي المدونة انه يجزئه وضعف اذن السيد في ذلك ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار انه قال أدركت الناس وهم اذا أعطوا في كفارة اليمين أعطوا مدا من حنطة بالمد الأصغر ورأوا ذلك مجزيا عنهم ﴾ ش قوله أدركت الناس يحتمل أن يريد بالمدينة لانها داره وبها كان علماء الصحابة الذين أدركهم وأشار اليهم بقوله أدركت الناس يعطون في كفارة اليمين بالمد الأصغر يريد مد النبي صلى الله عليه وسلم لانه أصغر من مد هشام وانما عندهم بالحجاز مدان مد النبي صلى الله عليه وسلم وهو أصغرهما ومد هشام وهو أكبرهما وقد اختلف أصحابنا في مقداره بمد النبي صلى الله عليه وسلم والصحيح انه مدان وسيأتي ذكره في الظهار ان شاء الله تعالى والاطعام في كفارة اليمين مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم وهذا في المدينة لضيق أقوات أهلها واختار أشهب بمصر مدا وثلثا واختار

وحدثني عن مالك عن يحيى ابن سعيد عن سليمان بن يسار أنه قال أدركت الناس وهم اذا أعطوا في كفارة اليمين أعطوا مدا من حنطة بالمد الاصغر ورأوا ذلك مجزئا عنهم

ابن وهب مدا ونصفا لكل مسكين لسعة الأقوات بها قال ابن المواز ولو أخرج بها مدا أجزأه وقال أبو حنيفة لا يجزئه أن يطعمهم أقل من نصف صاع لكل مسكين من الحنطة والشعير والتمر صاع وان غداهم وعشاهم أجزأه والدليل على ما نقوله قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ومحال أن يكون بالمدينة مدان وسط شبع الأهل لاسيما على قول أبي حنيفة ان المد رطلان ودليلنا من جهة القياس ان هذا أكثر من وسط طعام العيال فلم يلزم في الكفارة أصل ذلك ما زاد على المدين (مسئلة) قال ابن المواز وان غدى المساكين وعشاهم الخبز والادام أجزأه قال ابن حبيب حتى يشبعوا ولا يغديهم الخبز ولكن بادام من زيت أولبن أو قطنية أو لحم أو بقل قال ابن عباس أعلاه اللحم وأوسطه اللبن وأدناه الزيت قال ابن حبيب ولا يجزئه أن يغدى الصغار ويعشيهم ولكن ان أعطاهم فليعطهم ما يعطى الكبار ويجزئه أن يعطى الصغير من الطعام المصنوع مثل ما يأكل الكبير قال ابن المواز اذا كان فطيما ومعنى ذلك انه اذا كان يرضع لم ينتفع الطعام المصنوع ولا يتأتى بيعه في الأغلب فكان حكمه أن يدفع اليه حنطة يتأتى له بيعها وانتفاعه بها في غير القوت أو ادخارها الى أن تضاف الى مثلها

(فصل) وقوله اعطوا مدا من حنطة نص منه على تجويز اخراج الحنطة في ذلك ولا خلاف فيه والذي يخرج في ذلك من الطعام ما يقتاته الناس غالبا ولا يستعمل غالبا إلا على وجه القوت كالقمح والشعير والسلت والدخن والأرز والذرة فأما القمح فمن أخرجه أجزأه لانه أفضل ما يتقوت وأما الشعير فان كان يأكل الشعير وقوت الناس القمح فان كان ذلك لفقر أجزأه لانه قوته على الحقيقة وان كان ذلك لبخل وهو يقدر على الحنطة لم يجزه الا الحنطة حكاه ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك أن بخله لا يخرجه عن أن يكون من أهل التقوت بالحنطة بعادة البلد وحاله التي تحتمل ذلك وقال ابن المواز يخرج مما يأكل ومما يفرض على مثله واذا كان يأكل الشعير فليطعم منه ولا يجزئه الذرة الا أن يكون هو يأكله وقال ابن الماجشون في الفطر يخرج من جل عيش البلد فان كانوا يريدون بذلك اذا وافق قوت المخرج قوت البلد فهو وفاق وان أرادوا وان خالف قوت المخرج قوت البلد فهو خلاف والأول أظهر (فرع) فاذا قلنا يخرج شعيرا فقد قال ابن المواز يطعم منه في الكفارة قدر مبلغ شبع القمح (فرع) فان تقوت الحنطة وأهل البلد يقتاتون الشعير لم يجزه أن يخرج الشعير رواه ابن حبيب عن أصبغ (مسئلة) ولا يخرج السويق في الكفارة قاله ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك انه قد عدل به عن وجه ما يتقوت عليه غالبا كما لو اتخذ منه العصيد (مسئلة) وأما الدقيق فانه يجزى اذا أعطى منه قدر ريعه وكذلك الخبز في الكفارات التي يطعم فيها قاله ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك انه لم يخرجه عن وجه الاقتيات المعتاد ولو أطعم هذا المقدار لأجزأه غير أن ابن حبيب روى عن أصبغ لا يجزئه أن يطعمهم الخبز قفارا ومعنى ذلك أن لا يستوعب مقدار المد من الخبز وأما اذا أطعمهم بادام فانما يلزمه أن يشبعهم للغداء والعشاء فان استوعبوا ذلك والا فقد أجزأه ما أكلوا والله أعلم (مسئلة) ولا يخرج التين ولا القطنية وان كان عيش قوم وهذا مبنى على انه ليس بقوت عنده أو على انه ليس بقوت معتاد ولا شائع في البلاد وقد استوعبت الكلام في هذا في زكاة الفطر بما يغني عن اعادته ولم أر أصحابنا يفرقون بينهما بل ظاهر مسائلهم يقتضي المساواة والله أعلم ص * قال مالك أحسن ما سمعت في الذي يكفر عن يمينه بالكسوة انه ان كسا الرجال كساهم ثوبا ثوبا وان كسا النساء

* قال مالك أحسن ما سمعت في الذي يكفر عن يمينه بالكسوة أنه ان كسا الرجال كساهم ثوبا ثوبا وان كسا النساء

كساهن ثوبين ثوبين درعا وخمارا وذلك أدنى مايجزئ كلا فى صلاته ✽ ش وهـذا كما قال ان المكفر عن يمينه ان اختار أن يكفر بالكسوة فانه انما يكفر بما يصلى فيه فقال فى الرجال ثوبا ثوبا وذلك يكون على ضربين أحدهما القميص الذى يستر العورة والجسد وهـذا يشتمل على فرض لباس الصلاة وفضله وان أعطاه إزارا فقد قال ابن حبيب يعطيه ان شاء قميصا وان شاء ازارا يبلغه أن يلتحف به مشتملا وهـذا على معنى القمص أيضا وأما الازار الذى يمكن الاشتمال به ولكن يمكن أن يتزر به فلم أر فيه لأصحابنا نصا والأظهر عندى انه لا يجزئ لانه لا ينطلق عليه اسم كسوة (مسئلة) وأما المرأة فنص أصحابنا على انه يكسوها قميصا وخمارا لانه لا تجزئها الصلاة بأقل من ذلك (فرع) ومن النساء الطويلة والقصيرة فيجزئ بعضهن من القمص فى الصلاة لقصرها مالا يجزئ بعضهن لطولها والذى عندى انه انما يعطى كل واحدة منهن مايستر عورتها فى صلاتها (فرع) واذا كانت المرأة صغيرة فقد روى عيسى عن ابن القاسم ان كسا صغار الاناث فليعطهن درعا وخمارا والكفارة واحدة لا ينقص منها لصغير ولا يزاد لكبير روى ابن المواز عن أشهب انه تعطى الصبية التى لم تبلغ الصلاة الدرع دون خمار فاذا بلغت الصلاة أعطيت الدرع والخمار وقال ابن حبيب يعطى صغار الاناث مايعطى الرجال قميصا كبيرا وجه القول الأول ان هـذا مال يخرج فى الكفارة يعتبر فيه القدر فوجب أن يكون مقدارا حق الصغير فيه كحق الكبير أصل ذلك الاطعام و وجه القول الثانى ان الكسوة معتبرة بحال من تدفع اليه ولذلك فرق بين الرجل والمرأة ولا يفرق بينهما فى الاطعام وقد يفرق بين المساكين فى الاطعام اذا غدوا وعشوا فان كل واحد منهم يأكل شبعه سواء ازاد على المد أو نقص منه (مسئلة) وان كسا صبيا صغيرا فقد قال ابن حبيب يعطى كل صغير مثل كسوة الكبير وقاله ابن المواز وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم انه لم يعجبه كسوة الأصاغر بحال وكان يقول من أخذ منهم بالصلاة فله أن يكسوه قميصا مما يجزيه فعلى هـذا يعطى الصغير الذى بلغ حد الأمر الذى يبلغ فى الصلاة قميصا يجزيه فى الصلاة وهو دون قميص الرجل فالأظهر عندى أن يكون ذلك حدا أقل مايعطى من صغر ممن يكسى على هذه المقالة ممن أمر بالصلاة من الرجال والنساء (مسئلة) واذا كفر بالكسوة أو الاطعام فالمختار أن تكون الكفارة كلها كسوة أو اطعاما فان كسا خمسة وأطعم خمسة فاختلف قول ابن القاسم فيه فقال يجزيه وأظنه قول مالك وقال لا يجزيه قال أشهب ويضيف الى ماشاء منها تمام العشرة وجه القول الاول ان جميع ما أخرجه مصروف الى المساكين فاذا كان مما يجزئ الكفارة منه بانفراده جاز أن يجمع الى مايجزئ منه أصله اذا كانت طعاما كلها أو كسوة كلها و وجه القول الثانى ان الكفارة لا تصح من جنسين كالكسوة والعتق ص ✽ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يكفر عن يمينه باطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد من حنطة وكان يعتق المرار اذا وكد اليمين ✽ ش قوله رضى الله عنه انه كان يكفر عن يمينه باطعام عشرة مساكين وهذا يقتضى اعتبار عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم

(فصل) وقوله وكان يعتق المرار اذا وكد اليمين يقتضى أن ذلك كان يتكرر وذلك جائز فى الحنث فى اليمين والتكفير والأصل فى ذلك ماروى عن أبى موسى الأشعرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال وانى والله ان شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها الا كفرت عن يمينى وأتيت الذى هو خير وماروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لان يلج أحدكم بيمينه فى أهله آثم له عند الله

كساهن ثوبين ثوبين درعا وخمارا وذلك أدنى مايجزئ كلا فى صلاته ✽ وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يكفر عن يمينه باطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد من حنطة وكان يعتق المرار اذا وكد اليمين

من أن يعطى كفارته التى افترض الله عليه (مسئلة) فان تكررت الأيمان وتكرر الحنث فيها جازله أن يعتق فى بعضها ويطعم فى بعضها ويكسو فى بعضها الا أنه يكون العتق عن كفارة مفردة وكذلك الكسوة وقد تقدم ذكره فان أطعم فى يوم واحد عن كفارتين فأطعم عشرين مسكينا عن كفارتين أجزأه مالم ينو أن يكون كل مسكين أعطاه عن كفارتين وكذلك لو أعتق وأطعم وكسا وعليه ثلاث كفارات أجزأه مالم ينو أن يكون كل شئ من ذلك عن جميع الكفارات لانه اذا لم ينو ذلك لم تنصرف كفارة كل واحدة الا الى يمين ولا يلزمه التعيين أن تكون كل كفارة ليمين معينة بل يجزئه أن يكفر واحدة من أيمانه اذا كان عليه أيمان حنث فيها وان لم يعينها (مسئلة) فان أطعم عشرة مساكين مدا مدا عن كفارة ثم أعاد عليهم عن كفارة أخرى فقد كره مالك ذلك فقال لا يفعل الا بعد أيام وقال ابن القاسم ان أطعمهم بعد أيام أجزأه وكذلك ان كساهم بعد أن عروا من الكسوة الأولى انتهى

﴿ جامع الأيمان ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أدرك عمر بن الخطاب رضى الله عنه وهو يسير فى ركب وهو يحلف بأبيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم تخصيص النهى بالحلف بالآباء أحدهما لكثرة استعمال العرب له فقصد الى النهى عنه . والثانى انه هو الذى سمع صلى الله عليه وسلم من عمر رضى الله عنه وهو مما لا يجوز فقصده بالنهى ثم عم بعد ذلك النهى عن الحلف بغير الله وقصر الحلف عليه تعالى فقال من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت تخيير بين الحلف والصمت وذلك يتضمن المنع من الحلف بغير الله لانه ليس من جملة المباح الذى هو خير فيه بل ماتقدمه عن أن يحلف حالف بأبيه دليل على أنه لم يبح غير ما خير فيه من الحلف بالله خاصة فمن تعداه فلا يتعداه الا الى الصمت وعلى هذا جماعة المسلمين امتثالا لامر النبى صلى الله عليه وسلم فلا يجوز لاحد أن يحلف بالشمس ولا بالقمر ولا بالنجوم ولا بالسماء ولا بالأرض ولا بشئ من المخلوقات ومن حلف بذلك فقد أثم ولا شئ عليه وقد روى عن عبد الله بن عباس أنه قال لان أحلف بالله فآثم أحب الى من أن أظاهر وروى عن عبد الله بن مسعود أنه قال لان أحلف بالله كاذبا أحب الى من أن أحلف بغيره صادقا فان اعترض معترض بما جاء من ذلك فى القرآن من قوله تعالى والسماء ذات البروج والسماء والطارق والشمس وضحاها والليل اذا يغشى وبغير ذلك ففيه قولان أحدهما أن تقديرذلك ورب الشمس وضحاها ورب السماء والطارق والثانى انه تعالى يختص بذلك لان له أن يقسم بما شاء لانه معبود وقد أعلمنا النبى صلى الله عليه وسلم ان ذلك محظور علينا فلا يجوز لنا القسم بشئ من ذلك (مسئلة) ومن حلف باللات والعزى أو بالطواغيت فقد أثم ولا كفارة عليه ان حنث وقال أبو حنيفة والثورى عليه كفارة يمين والدليل على مانقوله ماروى حميد بن عبد الرحمن ابن عوف عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال فى يمينه باللات والعزى فليقل لا اله الا الله ومن قال لصاحبه تعال أقامرك فليتصدق وماروى أبو قلابة عن ثابت بن الضحاك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على ملة غير الاسلام فهو كما قال معناه والله أعلم معتقدا لذلك ولذلك أمر من حلف باللات والعزى وأظهر حالفا ظاهره الكفر أن يعاود بالتهليل ولفظ

﴿ جامع الأيمان ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أدرك عمر ابن الخطاب رضى الله عنه وهو يسير فى ركب وهو يحلف بأبيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت

التوحيد الذي ينفي الكفر والظاهر من هذا موجب قوله دون غيره لانه لو وجبت عليه الكفارة لقرن الأمر بها بالأمر بكلمة التوحيد ص ﴿ مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول لا ومقلب القلوب ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم لا ومقلب القلوب على سبيل القسم ويقتضي ذلك انه كان يكثر القسم به ولعله صلى الله عليه وسلم كان يواظب على ذلك تنبيها على ما ينفرد به تعالى من تقليب القلوب من الرضا بالشئ الى الكراهية ومن العزم على الفعل الى العزم على الترك وفي ذلك معنى آخر وهو انه يجوز الحلف في أسماء الله وأوصافه بغير الله فيجوز أن يحلف الحالف فيقول لا وخالق الخلق و باسط الرزق ومدبر الأمور وفالق الاصباح و جاعل الليل سكنا وما جرى مجرى ذلك ص ﴿ مالك عن عثمان بن حفص بن عمر بن خلدة عن ابن شهاب أنه بلغه ان أبا لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه قال يارسول الله أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب وأجاورك وأنخلع من مالي صدقة الى الله والى رسوله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزئك من ذلك الثلث ﴾ ش قوله ان أبا لبابة بن عبد المنذر قال حين تاب الله عليه أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب على وجه المبالغة في الاقلاع عن الذنب وترك كل ما كان سببا اليه فقد يكون مقامه ببلده أو ماله بها من مال المساكين والمال سبب ذلك الذنب وقد يكون سببه بعده عن النبي صلى الله عليه وسلم حين لم يجاوره فيعظه و ينهاه و يعلمه ولذلك قال وأجاورك

(فصل) وقوله وانخلع من مالي صدقة الى الله ورسوله يريد التقرب بذلك الى الله تعالى والشكر له تعالى على توبته بعد تورطه في الذنب

(فصل) وقوله يجزيك من ذلك الثلث ظاهره انه قد كان التزم الصدقة بجميع ماله ولذلك قال له يجزيك من ذلك الثلث لان هذا اللفظ انما يستعمل فيما يلزم الانسان فيه حكم فيقال له يجزيك من ذلك كذا ولو كان أمر لم يلزمه بعد لقال تصدق بثلث مالك وأمسك على نفسك الباقي ليكفيك عن الحاجة الى الناس كما قال سعد بن أبي وقاص قلت يارسول الله أوصي بمالي كله قال لا قلت بالشطر قال لا قلت بالثلث فقال صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير او كبير وقد اختلف العلماء فيمن حلف بصدقة ماله فحنث فقال مالك يجزئه من ذلك الثلث وقال أبو حنيفة يخرج جميعه من العين والحرث والماشية دون سائر أمواله وقال ابراهيم النخعي يخرج جميع ماله وان ثبت حديث أبي لبابة فانه يتأول على انه لم يكن أوجبه بعد وان معنى يجزئك من ذلك الثلث انه يجزئك من غاية النهاية فيما يتقرب به الى الله عز وجل فان اخراج الانسان جميع ماله ابتداء و يبقى عالة ممنوع منه والافضل له استبقاء أكثره بقوله تعالى ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا وقال تعالى والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وهذا فيما يفعله الانسان ابتداء فأما ما قد التزمه فانه يلزمه كالطلاق وهو ممنوع من ايقاع الثلاث وانما أبيحت له واحدة فان أوقع الثلاث لزمته وجه ما ذهب اليه مالك حديث أبي لبابة يجزئك من ذلك الثلث وظاهره ما قلنا ومن جهة المعنى ان استيعاب المال بالصدقة ممنوع فوجب أن يؤثر هذا المنع في العدول عنه وأن لا يبطل في الجملة لان النقص لا يتناول البعض فوجب رده الى الثلث كالوصية (مسئلة) اذا قلنا انه لا يجب عليه اخراج جميعه فانه يجزئه من ذلك الثلث سواء كان ماله قليلا أو كثيرا وبه قال الزهري وقال ابن وهب ان كان غنيا لزمه أن يخرج ثلث ماله وان كان قليل المال يجحف به اخراج ثلث ماله أجزأه أن يخرج زكاة ماله وان كان فقيرا فكفارة يمين وقال الشافعي عليه على كل حال كفارة

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول لا ومقلب القلوب * وحدثني عن مالك عن عثمان بن حفص بن عمر بن خلدة عن ابن شهاب أنه بلغه أن أبا لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه قال يارسول الله أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب وأجاورك وأنخلع من مالي صدقة الى الله والى رسوله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزيك من ذلك الثلث

يمين والدليل على صحة ما نقوله ان هذا التزام لا ذكر فيه لليمين ولا يصرف عن ظاهره القربة فلم تجب به كفارة يمين كالونذر صوما أو صلاة (مسئلة) وهذا اذا علق الصدقة على جميع ماله فان علقها على جزء من جميع ماله فان عليه غرم جميع ذلك الجزء من ماله كقوله الربع أو النصف أو التسعة أعشار لزمه اخراج ذلك كله ولم يقتصر منه على الثلث وفى النوادر روى عن ابن وهب عن مالك يقتصر من ذلك على الثلث وجه القول الأول ان حلفه بصدقة ماله قد تناول لفظ المال على وجه عام يحتمل التخصيص وليس فيه دليل على الاستيعاب غير ما يقتضيه اللفظ واذا علقه بجزء منه فقد علقه على جزء مخصوص من الجملة فكان ذلك دليلا على أن المراد باللفظ بمنزلة التعين والتعين أقوى فى تعلق الاحكام به من المطلق ووجه الرواية الثانية انه اخراج مال على وجه يمنع من استيعابه ولا يمنع من ابعاضه فوجب رده الى الثلث كالوصية (مسئلة) ومن تصدق بشئ معين وهو جميع ماله فالمشهور من المذهب انه يلزمه اخراج جميعه وفى النوادر عن ابن نافع يجزئه الثلث وجه القول الأول أن تعليق الاحكام بمعين يقتضى من اختصاصها به ما لا يقتضيه تعليقها بلفظ عام ألا ترى ان من أخبر لقد رأى بنى زيد كان صادقا اذا رأى بعضهم ولو أراد بقوله ذلك التخصيص واذا قال لم أرهم وأراد بذلك جميعهم كان صادقا فاذا رأى بعضهم وأراد الجميع تعلق الحكم بجميعهم فى تعليق الرؤية بجميعهم ونفيها عنهم واذا عين زيدا اختص هذا الحكم به اختصاصا لا يجوز غيره ولا يحتمل من التخصيص ما احتمله عدم التغيير فلذلك اذا حلف بصدقة ماله لم يلزمه اخراج جميع ماله لان اللفظ يحتمل الجميع ويحتمل البعض وان كان فى الجميع أظهر واذا عين عبدا أو ثوبا لزمه اخراج جميعه لان ما علق عليه الحلف معين لا يحتمل التخصيص فلزمه لذلك اخراج جميعه ووجه الرواية الثانية ان الحلف بصدقة جميع المال يقتضى الرد الى الثلث كما لو حلف بجميع ماله (مسئلة) ومن حلف بصدقة عدد من ماله مثل أن يحلف بصدقة مائة دينار من ماله لزمه اخراج جميعها وان لم يف بها ماله بقى باقى ذلك فى ذمته دينا عليه رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه ووجه ذلك ان هذا نوع من التعيين ويجب استيعابه ويجب على رواية ابن وهب وقول ابن نافع أن يرد فى ذلك كله الى ثلث المال ما لا يلزمه سواه والله أعلم (مسئلة) ومن حلف بصدقة ماله مرة بعد مرة فليس عليه الا ثلث واحد رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه وهو فى كتاب ابن المواز واختلف فى ذلك قول ابن القاسم فقال يخرج عن اليمين الأولى ثلث ماله ثم يخرج ثلث ما بقى عن اليمين الثانية وبه قال أشهب وجه القول الأول ان اليمين بصدقة المال مبنية على الرد الى الثلث فمتى تكررت لم يقتض الا ثلثا واحدا أصل ذلك الوصية لو أوصى بثلث ماله أو جميع ماله مرة بعد مرة لم يلزمه غير ثلث واحد والله أعلم ووجه الرواية الثانية ان كل يمين منها يمين صدقة بمال فكان لها حكمها كما لو حلف فى شئ ليتصدقن على فلان بدينار ثم حلف فى شئ آخر ليتصدقن على فلان بدرهم لثبت حكم اليمين (فرع) فاذا قلنا ليس عليه الا ثلث واحد فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انه سواء كانت ايمانه فى أوقات مختلفة وايمان مختلفة فحنث فيها كلها أو بعضها فى وقت واحد أو حنث بعد حنث فليس عليه الا ثلث واحد الا ان يخرجه ثم يحلف بعد ذلك فحنث فانه يخرج ثلثه مرة ثانية فاما ان يحنث ولا يخرج الثلث حتى يحنث مرة أخرى فليس عليه الا ثلث واحد (مسئلة) ومن حلف بصدقة ماله وماله على مقدارها ثم حنث وقد زاد ماله أو نقص فانما يلزمه الثلث مما كان بيده يوم اليمين دون النماء قاله مالك سواء زاد ماله بتجارة أو فائدة وروى ابن حبيب الا ان يزيد بولادة فيخرج ثلث الأولاد مع ثلث الأمهات وجه القول الأول انه انما تلزمه اليمين فيما كان

يملكه يوم اليمين فاما ملكه بعد ذلك فلم تتناوله يمينه ووجه الرواية الثانية ان هذا مال يتعلق بالأمهات قبل الولادة الى حين الولادة فيعلق بما تلده أصل ذلك تملك الحالف (مسئلة) فان نقص ماله بعد اليمين لم يلزمه الاثلث ما بقي بيده يوم الحنث قال ابن حبيب ولم يختلفوا في هذا وهذا اذا ذهب ماذهب منه بأمر من السماء من غير تفريط قال ابن المواز يلزمه ماتلف بسببه ولا يلزمه ماتلف بغير سببه وروى ابن حبيب عن مالك ان ماأنفق منه فهو دين عليه وان ذهب بغير سببه لم يضمن ولا يضر التفريط بعد الحنث وقال سحنون يضمن بالتفريط بعد الحنث وجه قول ابن حبيب انه لايضره التفريط اذا خراج الكفارة ليس على الفور فتأخير اخراجها لا يوجب عليه الضمان ووجه قول سحنون يحتمل ان يريد به انها على الفور ولانه جزء ما أوجب عليه اخراجها فلزمه بالتفريط كالزكاة (مسئلة) وأما اذا أنفقه بعد الحنث فقد قال مالك لاشئ عليه ولا يتبع به دينا وقال ابن القاسم يضمن كزكاة فرط فيها حتى ذهب المال رواه ابن المواز عنها وجه قول أشهب انه غير مطالب بها وان أنفقها الضرورة وحاجة اليها لم يأثم بذلك كما لم يأثم الذي وقع على أهله في رمضان اذ علم النبي صلى الله عليه وسلم بحاجته اليها فأمره أن يطعمها أهله ونحن نتأول في ذلك ان الكفارة باقية في ذمته ووجه قول ابن القاسم انه حق لله تعالى يجب عليه اخراجه فان أنفقه وجب عليه اخراجه أصل ذلك الزكاة (مسئلة) وهذا اذا حلف بصدقة ماتقدم ملكه عليه وأما اذا حلف بصدقة جميع ما يملكه في المستقبل فقد قال مالك لا يلزمه شئ وان حلف بصدقة مايستفيده في مصر أو غيرها لزمه ذلك بمنزلة الطلاق (فرع) ومن حلف بصدقة ماله فحنث وله عين ورقيق وحبوب فليخرج ثلث ذلك كله الا أن ينوي العين خاصة قال أشهب ويخرج ثلث خدمة المدبر والمعتق الى أجل وقال ابن القاسم لاشئ عليه في مدبره ولا معتقه الى أجل الا أن يؤاجرهم فيخرج ثلث الاجرة وجه قول أشهب ان خدمتهم ماله بدليل انه اذا آجرهم أخرج ثلث الاجرة فلزمه ذلك وان لم يؤاجرهم ووجه قول ابن القاسم ان ذلك ليس بمال وانما يصير مالا بالاجارة فهو شئ يستفاد بعد اليمين (فرع) وأما كتابة مكاتبه فقال ابن القاسم يخرج ثلث قيمة الكتابة وان عجز المكاتبون نظر الى قيمة رقابهم فان كانت أكثر من قيمة الكتابة أخرج الفضل * وقال أشهب يخرج ثلث ما يأخذ من المكاتبين وان عجز المكاتب أخرج ثلثه ومايرجع من ذلك بعد موته لم يلزم ورثته فيه شئ رواه ابن المواز كله عنهما ص ﴿ مالك عن أيوب بن موسى عن منصور بن عبد الرحمن الحجبي عن أمه عن عائشة أم المؤمنين انها سئلت عن رجل قال مالي في رتاج الكعبة فقالت عائشة رضي الله عنها يكفره ما يكفر اليمين ﴾ ش قوله مالي في رتاج الكعبة الرتاج الباب قاله مالك والحطيم مابين الباب الى المقام رواه ابن القاسم عن بعض الحجبة وقال ابن حبيب الحطيم مابين الركن الاسود الى الباب الى المقام وعليه يحطم الناس فمن قال مالي في رتاج الكعبة فقد كانت عائشة تقول فيه كفارة يمين فأخذ به مالك ثم رجع الى ان لاشئ عليه وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ابن حبيب وأرى ان يسأل فان نوى أن يكون ماله للكعبة فليدفع ثلثه الى خزنتها يصرف في مصالحها فان استغنى عنه بما أقام السلطان لها من ذلك تصدق به وان قال لم انو شيأ بذلك ولا أعرف لهذه الكلمة تأويلا فكفارة يمين أحب الي وسواء كان ذلك في نذر أو يمين وجه القول الاول انه لما كانت يمينه خارجة على وجه البر وكانت متعلقة بما لا منفعة فيه كانت بمنزلة النذر المبهم كفارته كفارة يمين ووجه الرواية الثانية وهي المشهورة في المدونة وغيرها انه يمين مفسرة عريت عن اسم

* وحدثني عن مالك عن أيوب بن موسى عن منصور بن عبد الرحمن الحجبي عن أمه عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها انها سئلت عن رجل قال مالي في رتاج الكعبة فقالت عائشة يكفره ما يكفر اليمين

الله وصفاته نطقا ونية وعرفا فلم يجب بها كفارة أصل ذلك اذا نذر القيام أو القعود أو الانفاق لغير وجه واحتج مالك فى ذلك بأن الكعبة لا تنقض ولا ينقض الباب فيجعل مال هذا فيه (مسئلة) وهكذا من قال مالى فى الكعبة أو فى حطيم الكعبة وأما اذا قال أنا أضرب بمالى رتاج الكعبة أو الكعبة أو الحطيم أو الركن الاسود فان عليه الحج والعمرة ولا شئ عليه غير ذلك اذا لم يرد حملان ذلك على عنقه ولو أراد حملانه على عنقه وهو مما جرت به العادة أن لا يحمله الا راجل فانه يجب عليه المشى الى مكة على نحو ما تقدم ص ﴿ قال مالك فى الذى يقول مالى فى سبيل الله ثم يحنث قال يجعل ثلث ماله فى سبيل الله وذلك الذى جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أمر أبى لبابة ﴾ ش قوله فى الذى يقول مالى فى سبيل الله فيحنث يجعل ثلث ماله فى سبيل الله اما الكلام على الذى يلزم فقد تقدم فيما يغنى عن الزيادة عليه فان امتنع من اخراج ذلك ففى الموازية قال ابن القاسم يجبر على اخراجه بالم يكن ذلك على وجه اليمين سواء جعل ذلك لمعين أو لغير معين وقال أشهب انما يجبر اذا جعل ذلك لرجل معين فان فعل ذلك للمساكين لم يجبر وجه قول ابن القاسم انه حق لله تعالى تبرع بالتزامه فاجبر على اخراجه كما لو كان لمعين ووجه قول أشهب ما احتج به بانه حق لغير معين فلا يستحق أحد المطالبة به وتلزمه عليه الزكاة فانها لغير معين ويجبر على اخراجها

(فصل) وأما قوله فى سبيل الله فان بهذه اللفظة تتناول كل سبيل بر فان جميع سبل البر سبيل الله تعالى ولكن جرى عرف الاستعمال لها فى الغزو والجهاد والرباط فاذا أطلقت هذه اللفظة حملت على ذلك وسئل مالك عمن قال لشئ من ماله هو فى سبيل الله فقال سبل الله كثيرة وهذا الا يكون الا فى الجهاد فليعط فى السواحل والثغور وقيل له فيعطى فى جدة فقال لا ولم ير جدة مثل سواحل الروم والشام ومصر وذلك انها كانت فى وقته بثغور الاسلام قيل له انه قد كان فى جدة خوف فقال انما كان ذلك مرة ولم يكن يرى جدة من السواحل التى يرابط فيها يعنى انها ليست بمكان يخاف للمسلمين ممن يجاورهم من العدو وامساكهم عن غزوهم وأذاهم (مسئلة) ومن قال لعبده لله على أن أجعلك فى سبيل الله فليجعله فى سبيل الله وذلك بأن يبيعه ويدفع ثمنه الى من يغزو من موضعه ان وجد فان لم يجد بعث بثمنه الى الثغور ومواضع الغزو ووجه ذلك ان العبد ليس مما يصرف فى سبيل الله فلذلك بيع وصرف ثمنه ولو كان عبدا يمكن أن ينتفع به فى هذا الوجه لكان الوجه أن ينفذه ولا يبيعه (مسئلة) وان كان ما نذره أو حلف به فرسا أو سلاحا أنفذه بعينه ان وجد من يقبله منه وأمكن حمله وان تعذر ذلك عليه لبعد المكان وعظم المؤنة فى نقله باعه وأنفذ ثمنه يصرف فى مثله من الاداة والكراع ومعنى ذلك انه لما كان ما نذر يصلح استعماله فى الوجه الذى نذره فيه تعلق النذر بعينه ان أمكن ذلك فان تعذر الموضع وتعذر لما ذكرناه لزم بيعه بثمن يمكن ايصاله ويسهل حمله فاذا وصل حمله نقل الى صفة الاصل لما كانت صفة يمكن استعمالها فى هذا الوجه ان أمكن ذلك وبلغ الثمن فان قصر الثمن ففيما كانت منفعتها أو من جنسها أو ما يقرب منها مثل أن يكون سيفا فيقصر ثمنه عن سيف يشترى به هنالك فلا بأس أن يشترى به رمحا أو غير ذلك مما يستعمل فى الحرب ويبلغه ثمن ما بيع به والله أعلم

﴿قال مالك فى الذى يقول مالى فى سبيل الله ثم يحنث قال يجعل ثلث ماله فى سبيل الله وذلك الذى جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أمر أبى لبابة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب النكاح ﴾

﴿ ماجاء في الخطبة ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن محمد بن يحيي بن حبان عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه قال مالك وتفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه أن يخطب الرجل المرأة فتركن اليه ويتفقان على صداق واحد معلوم وقد تراضيا فهي تشترط عليه لنفسها فتلك التي نهى أن يخطبها الرجل على خطبة أخيه ولم يعن بذلك اذا خطب الرجل المرأة فلم يوافقها أمره ولم تركن اليه أن لا يخطبها أحد فهذا باب فساد يدخل على الناس

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب النكاح)

﴿ ماجاء في خطبة النساء ﴾

الخطبة بكسر الخاء مايورد من الخطب في استدعاء النكاح والاجابة اليه وهو في غير ذلك الخطبة بضم الخاء قال أبو اسحق الزجاج الخطبة فيما له أول يريد والله أعلم أن الخطبة بكسر الخاء مايجرى من المراجعة والمحاولة للنكاح لانه أمر غير مقدر ولا يتعين له أول ولا آخر لان هذا اللفظ قد يستعمل في كل مايستدعى به النكاح من القول وان لم يكن مؤلفا على نظم الخطب فيقال فلان يخطب فلانة اذا استدعى نكاحها وان لم يوجد منه لفظ يسمى خطبة ويدل على ماذهب اليه أبو اسحق الزجاج قوله صلى الله عليه وسلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ولم يعن بالخطبة الكلام المؤلف الذي يؤتى به عند انعقاد النكاح وانما أراد مايتراجع به القول عند محاولة ذلك ومراوضته والخطبة في استدعاء النكاح مشروعة قال مالك في كتاب محمد هي مستحبة وهي من الأمر القديم وليست بواجبة وعلى ذلك جميع الفقهاء وقال داود هي واجبة والدليل على صحة ماذهب اليه الجمهور حديث سهل بن سعد الذي يأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للذي لم يجد خاتما من حديد قد ملكتكها بما معك من القرآن ص ﴿ مالك عن محمد بن يحيي بن حبان عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه * مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه * قال مالك وتفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه أن يخطب الرجل المرأة فتركن اليه ويتفقان على صداق واحد معلوم وقد تراضيا فهي تشترط عليه لنفسها فتلك التي نهى أن يخطبها الرجل على خطبة أخيه ولم يعن بذلك اذا خطب الرجل المرأة ولم يوافقها أمره ولم تركن اليه أن لا يخطبها أحد فهذا باب فساد يدخل على الناس ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه نهى أن يخطب امرأة قد خطبها أخوه المسلم ورضيت به ووافقته على صداق معلوم وكذلك روى عن ابن نافع ان له أن يخطب مالم يتفقا على صداق معلوم على رواية الموطأ وروى ابن حبيب عن ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون ان المرأة اذا أظهرت الرضا بالرجل فقد نهى غيره عن أن يخطب تلك المرأة وان لم يتفقا على صداق وجه قول ابن نافع ان الموافقة لم تكمل بعد وانما تكمل بالتفويض أو بفرض الصداق وذلك ان كثرة الصداق قد ترغبها فيمن تزهد فيه كما أن قلته قد تزهدها فيمن ترغب فيه وهو عوض بضعها ومعظم مابذله زوجها ووجه قول ابن القاسم ما احتج به ابن حبيب من أن ذكر الصداق ليس بشرط في صحة النكاح لانه قد ينعقد من غير تسميته في نكاح التفويض (مسئلة) اذا ثبت ذلك ووجد ما ذكرناه من الموافقة واظهار الرضا فقد منع غير ذلك الرجل من خطبتها وان لم يوجد الايجاب بعينه وهذا مع تكافؤ حالتي الرجلين في الدين فأما اذا كان الاول غير مرضي الدين وكان الثاني مرضيا فقد قال ابن القاسم اني لا أرى على من دخل في مثل هذا شيأ ولا أرى الحديث الا في الرجلين المتقاربين وأما صالح وفاسق فلا (مسئلة) ومن خطب على خطبة أخيه فقد روى سحنون عن ابن القاسم في العتبية يؤدب وان عقد على ذلك فهل يفسخ نكاحه أولا روى سحنون عن ابن القاسم

وحدثنى عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أنه كان يقول فى قول الله تبارك وتعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم أن يقول الرجل للمرأة وهى فى عدتها من وفاة زوجها انك على لكريمة وانى فيك لراغب وان الله لسائق اليك خيرا ورزقا ونحو هذا من القول

لا يفسخ وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يفسخ قبل البناء ولا بعده وبه قال أبو حنيفة والشافعى وروى ابن حبيب عن ابن نافع يفسخ قبل البناء وبعده وروى ابن مزين عن ابن نافع يفسخ قبل البناء ولا يفسخ بعده وقال القاضى أبو محمد ان الظاهر من المذهب الفسخ ودليلنا عليه نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ووجه القول الاول ان النهى انما يتعلق بالخطبة دون النكاح فلم يقتض فساد عقد النكاح (فرع) فاذا قلنا لا يفسخ فقد روى العتبى عن عيسى عن ابن وهب انه يستحب لهذا العاقد أن يتوب من فعله ويعرضها على الخاطب أولا فان حلله رجوت له فى ذلك مخرجا فان أبى فليفارقها فان نكحها الاول والا فلهذا أن يأتنف معها نكاحا قال عيسى وقال ابن القاسم ان لم يحلله فليستغفر الله تعالى ولا شئ عليه وجه قول ابن وهب أن العقد وقع على وجه الكراهية لحق آدمى يستحب أن يخرج له عنه ان لم يحلله منه فان أسقط حقه عرا عن الكراهية وان أبى فلا يمكنه الخروج منه الا بالفراق فان نكحها الاول والا فهذا الثانى أحد الخطاب ووجه قول ابن القاسم أن فراقه اياها لا معنى له لأنه حق لم يثبت بعد وكان للمرأة أن تمتنع من نكاح الاول حين خطبة الثانى ولكن يستغفر الله تعالى لمخالفته نهى النبى صلى الله عليه وسلم (فصل) وقوله ولم يعن بذلك اذا خطب الرجل امرأة فلم يوافقها يعنى انها لم تبلغ المبلغ الذى تقدم قبل هذا فيما يمنع الخطبة أو لم يوافقها وأظهرت وده فلم ينه عن هذه أن يخطبها سواه قال مالك فهذا باب فساد يدخل على الناس يريد والله أعلم أن مضرة هذا كانت تعم وتشيع . لأنه كان يخطب المرأة من لا ترضاه ولا تريده بل ترده فاذا امتنع على الناس خطبتها والتعرض لها بذلك فقد قصرت على الاول الذى كرهته وعلى الرضا بما بذله لها بما ليس بمهر لها وهذا مما يعظم فساده ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أنه كان يقول فى قول الله تبارك وتعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم أن يقول الرجل للمرأة وهى فى عدتها من وفاة زوجها انك على لكريمة وانى فيك لراغب وان الله لسائق اليك خيرا ورزقا ونحو هذا من القول ﴾ ش ماذكر من قول الرجل للمرأة انى فيك لراغب وانى عليك لحريص تعريض بالنكاح وهو الذى أباحه البارى تعالى بقوله ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء وقد قال صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس فاذا حللت فآذنينى وفى غير الموطأ فلا تفوتينا بنفسك قال القاضى أبو اسحق فى أحكامه وانما يعرض المعرض بالخطبة ليفهم مراده كالتجاوب ينسب التعريض الى الرجل خاصة ولو أن المعرض بالنكاح اقتضى الجواب وبين أنه يريد المواعدة ثم أجابه الذى زوجه بتعريض يفهم منه الاجابة لكره ذلك ويدخل فى باب المواعدة (مسئلة) ولا بأس أن يهدى اليها الهدية فيما رواه ابن حبيب عن مالك قال ولا أحب أن يفتى به الا من تحجزه التقوى عما وراءه ووجه ذلك أنه ليس فى الهدية تصريح بالنكاح ولا مواعدة وانما فيه اظهار المودة كقوله انى فيك لراغب وانى عليك لحريص قال ابن حبيب ولا يجوز أن يواعد وليها بغير علمها وان كانت تملك أمرها قال وقد سئل عنه عطاء فنهى عنه ووجه ذلك أن بيده عقدة النكاح وهو القائم به من جهة المرأة فلا يجوز أن يواعد بالنكاح كما لا يجوز أن تواعد به المرأة قال يحيى بن مزين والعدتان فى ذلك سواء عدة الوفاة وعدة الطلاق قال وسألت عيسى عن الاطلاع للنظر فقال قد جاءت فيه رخصة وكان مالك لا يراه خوفا من أن يطلع على عورة ولا بأس أن يستأذن عليها فيدخل والله أعلم وروى محمد بن يحيى عن مالك فى المدنية لا بأس أن ينظر اليها وعليها ثيابها وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك

لايعجبني ذلك ويحتمل أن يريد في رواية محمد بن يحيى أن ينظر اليها مغتفلا لها اذا علم أن عليها ثيابها وأن ذلك الذي منع في رواية ابن القاسم ويحتمل أن يكون أراد في رواية محمد بن يحيى أن ينظر اليها بعد اعلامها وان ذلك غير ما منعه ابن القاسم والله أعلم

﴿ استئذان البكر والأيم في أنفسهما ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير بن مطعم عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها واذنها صماتها ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم الايم أحق بنفسها من وليها الايم هي التي لازوج لها وقد روى هذا الحديث زياد بن سعد عن عبد الله بن الفضل قال الثيب أحق بنفسها من وليها وهو قريب من الاول إلا أن لفظ الايم لايستعمل الا في التي لازوج لها فلا ينطلق عليها اللفظ وقال القاضي أبو اسحق ان الايم هي التي لازوج لها بكرا كانت أو ثيبا بالغا كانت أو غير بالغ فيخص من ذلك البكر ذات الاب و يحمله على الثيب وعلى البكر اليتيمة وما تقدم أظهر من جهة عرف الاستعمال ومع ذلك فيحمل اللفظ على عمومه دون تخصيص ورواية زياد بن سعد تؤيد ذلك والله أعلم ومعنى كونها أحق بنفسها من وليها أنه ليس له اجبارها على النكاح ولا انكاحها بغير اذنها وانما له أن يزوجها باذنها ممن ترضاه وليس لها هي أن تعقد على نفسها نكاحا ولا تباشره ولا ان تضع نفسها عند غير كفء ولا ان تولى ذلك غير وليها فلكل واحد منهما حق في عقد النكاح ووجه كونها أحق به انها ان كرهت النكاح لم ينعقد بوجه وان كرهه الولي ورغبته الايم عرض على الولي العقد فان أبى عقده غيره من الاولياء أو السلطان فهذا وجه كونها أحق به من وليها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والبكر تستأذن في نفسها قال ابن القاسم وابن وهب وعلي بن زياد عن مالك في المدونة يريد البكر التي لاأب لها لأنها هي التي تستأذن وقد روى هذا الحديث زياد بن سعد فقال فيه والبكر يستأذنها أبوها وصواب هذا الحديث ما رواه مالك وقد تابعه عليه سفيان الثوري وكل واحد منهما امام اذا انفرد قوله غلب قوله على قول زياد بن سعد فكيف اذا اتفقا على خلافه وقد رواه صالح بن كيسان عن عبد الله بن الفضل فقال فيه واليتيمة تستأمر وهو أثبت من زياد بن سعد وقوله أيضا أولى من جهة النظر ولعل عبد الله بن الفضل لعلمه بالمراد به كان مرة يقول والبكر تستأذن ومرة يقول واليتيمة تستأمر وقد روى هذا الحديث شعبة عن مالك فقال فيه واليتيمة تستأمر ، ووجه آخر وهو انه قد روى عن زياد بن سعد والبكر تستأذن بمثل رواية مالك ووجه ثالث وهو انا لو سلمنا صحة رواية زياد لحملناها على البكر المعنس ويجوز أن يحمل على الاستئذان المندوب اليه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالذي تستأذن هي البكر البالغ قاله سحنون في المدونة لان غير البالغ لا اذن لها فالابكار على ثلاثة اضرب بكر بالغ تنكح وتستأذن وهي التي ذكرانه يزوجها وصيها أو وليها و بكر لاتنكح ولا تستأذن وهي اليتيمة التي لم تبلغ المحيض فان اليتيمة لاتزوج الا باذنها والتي لم تبلغ لايصح اذنها فلا يصح انكاحها وهذا في ذات القدر قال ابن حبيب ليس لوصي ولا لولي انكاح صغيرة حتى تبلغ فان فعل فسخ ذلك أبدا وان طال وكان الولد ورضيت بذلك قاله مالك وأصحابه وقال ابن القاسم في الموازية يفسخ الا أن يتقادم بعد البناء فيمضي وقال أصبغ حتى يتقادم وتلد الأولاد ولم ير التمادي عشرة أشهر طولا مع

﴿ استئذان البكر والأيم في أنفسهما ﴾

* حدثني مالك عن عبد الله بن الفضل عن نافع ابن جبير بن مطعم عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها واذنها صماتها

(مسئلة) وأما المحتاجة ففي العتبية عن مالك لا تزوج حتى تبلغ المحيض وروى عنه في بنت عشر سنين تطوف وتسئل الناس زوجت في غنى برضاها وولت أمرها رجلا فأجازه مالك ولم يجزه في الصغيرة قال سحنون في العتبية وهي رواية ضعيفة

(فصل) وبكر تنكح ولا تستأذن وهي البكر ذات الأب فان الأب يجبرها على النكاح دون اذنها وان استأذنها فحسن قال ابن حبيب يستحب للأب مؤامرة البكر ويذكر لها الزوج ويختبر من الأم ومن غيرها رضاها أو كراهيتها وروى أشهب عن مالك ان شاورها فحسن وله أن لا يفعل

(مسئلة) وحد البلوغ المعتبر في ذلك عند مالك المحيض قال ابن حبيب أو بلوغ ثمان عشرة سنة فتكون كالبالغ واختلف في الانبات فقال ابن القاسم في المحتاجة ان أنبتت أو شارفت زوجها الوصي أو الوالي برضاها وقاله أصبغ مرة وقال مرة بل حتى تبلغ ويفسخ قبل ذلك قال ابن حبيب يفسخ قبل البناء وبعده وان أنبتت قال محمد لا يفسخ اذا أنبتت

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم واذنها صماتها خص صلى الله عليه وسلم البكر بهذا الحكم لما يغلب عليها من الحياء ولما جبل عليه أكثرهن من الامتناع عن النطق بذلك فعلى هذا لا تسئل اليتيمة قطعا بالرضا رواه محمد وغيره عن مالك وحكى الاسفرائني ان ذلك على وجهين عندهم أحدهما ان ذلك في ذات الأب والجد وأما اليتيمة فانها لا بد لها من النطق بالرضا والدليل على ما نقوله ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يارسول الله وكيف اذنها قال ان تسكت فوجه الدليل من الحديث انه قال ولا تنكح البكر حتى تستأذن والتي لا تنكح حتى تستأذن من الأبكار هي اليتيمة (مسئلة) وصمات البكر يقتضي رضاها كما لو أقرت به في رواية ابن القاسم عن مالك وفي المدونة وقال غيره من رواية مالك وذلك اذا كانت تعلم ان السكوت رضا وظاهر هذا يقتضي انه شرط في ذلك غير ان أكثر أصحابنا تأولوا ذلك على وجه الاستحباب وقد استحب مالك من رواية ابن الماجشون ان تعلم البكر ان اذنها صماتها لئلا تجهل ذلك فتصمت في الكراهية قال الشيخ أبو اسحق يقال لها ذلك ثلاث مرات ان رضيت فاصمتي وان كرهت فانطقي وقال القاضي أبو محمد في معونته وليس ذلك بشرط في صحة الاذن قال عبد الملك في كتاب ابن القرطبي ويطيلوا القيام عندها قليلا ومعنى ذلك أن لا تهبت وتخجل في دخولهم عليها فيمنعها من المسارعة الى الانكار فيطال المقام عندها قليلا لتستدرك ما تريده وأما البكر التي لا أب لها يزوجها وليها بغير اذنها فيبلغها فتسكت قال ابن القاسم في المدونة لا يكون سكوتها رضا ووجه ذلك عندي ان رضاها في هذه الحال بمنزلة الاذن لوليها في انكاحها وذلك لا يكون الا بالنطق

(مسئلة) قال الشيخ أبو اسحق ان قالت لا لم يعقد عليها وان قالت قد رضيت جاز ذلك قاله القاضي أبو محمد وروى محمد عن مالك ان انكارها بالقول دون الصمت وقال الشيخ أبو القاسم انها ان نفرت أو بكت أو قامت أو ظهر منها ما يدل على كراهية النكاح فلا تنكح مع ذلك ص * مالك انه بلغه عن سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب لا تنكح المرأة الا باذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان * ش قوله رضي الله عنه لا تنكح المرأة الا باذن وليها الحديث يحتمل معنيين أحدهما أن لا تنكح نفسها والثاني أن لا ينكحها من الناس من ليس بولي لها وكلا الوجهين عندنا ممنوع قال ابن حبيب في واضحته ولا يجوز نكاح امرأة بكرا كانت أو شابة كانت أو عجوزا غنية كانت أو فقيرة شريفة كانت أو وضيعة الا بولي يعقد نكاحها فان لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له فأما

* وحدثني عن مالك انه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال قال عمر بن الخطاب لا تنكح المرأة الا باذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان

قولنا انها لاتنكح نفسها فهو قولنا وقول الشافعى وقال أبو حنيفة تعقد المرأة نكاحها وتكون وليا لغيرها اذا كانت عاقلة رشيدة والدليل على مانقوله قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف فلنا من الآية دليلان الظاهر والسبب فاما الظاهر فانه تعالى نهى الأولياء عن منع النساء النكاح عند بلوغ الأجل فلولا ان الولاية للرجل فى العقد لما صح العضل والمنع من النكاح كما لايصح منعهن من التصرف فى أموالهن وأما السبب فهو مارواه البخارى حدثنا أحمد بن أبى عمر حدثنى أبى حدثنى ابراهيم عن يونس عن الحسن فلا تعضلوهن قال حدثنى معقل بن يسار نزلت فيه قال زوجت أختى لرجل فطلقها حتى اذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وفدمتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لاتعود اليك أبدا وكان رجلا لابأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع اليه فأنزل الله تعالى الآية فلا تعضلوهن قلت الآن أفعل يارسول الله قال فزوجها اياه والرجل المذكور هو (١) فثبت بهذا الحديث ان العضل هو أن يمنع من انكاحها فيكون ذلك منعا لها من النكاح والا لم تحتج المرأة وهى تريد زوجها الى انكاح معقل لها كما لم يكن يحتاج اليه فيما تريد من بيع أو شراء ودليلنا من جهة السنة مارواه سليمان ابن موسى عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال النبى صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير اذن مواليها فنكاحها باطل ثلاث مرات فان دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها وان تشاجرا فالسلطان ولى من لا ولى له ودليلنا من جهة القياس ان المرأة ناقصة من جهة الأنوثة فوجب أن لاينفذ منها عقد النكاح أصله الصغيرة والأمة (مسئلة) اذا ثبت انه لانكاح الا بولى فالولاية على ضربين خاصة وعامة فالخاصة على قسمين ولاية نسب وولاية حكم فأما ولاية النسب فهى لكل عاصب للمرأة كالابن والأب والأخ وابن الأخ والجد والعم وابن العم قرب أو بعد اذا كان له تعصيب وكل من له عليها ولاء من الرجال قال القاضى أبو محمد والمولى من العصبة وقال الشيخ أبو القاسم فى تفريعه والمولى من أسفل يعقد وان لم يكن له تعصيب (فرع) اذا ثبت ذلك فالولاية الخاصة بالنسب على نوعين قرابة قريبة وقرابة ليست بقريبة فالقرابة القريبة كالابن وبنيه والأب وآبائه والاخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم دنية وأولاهم بذلك فى المشهور من قول مالك الابن ثم الأب ووجدت فى بعض الكتب عن المدنيين عن مالك ان الأب أولى من الابن وهذا أحد أقوال أبى حنيفة وجه القول الأول أن الابن أقوى تعصيبا بدليل انه أحق من الأب بالولاء الذى يستفاد بالتعصيب وبدليل انه اذا اجتمع تعصيبهما بطل تعصيب الأب ووجه القول الثانى ان الابن لاينتسب اليه ولا ينتسبان الى شخص والأب ينتسب اليه بدليل ان الجد أحق بالميراث من الاخوة (فرع) فاذا قلنا بالمشهور من المذهب فالابن وابن الابن وان سفل أحق من الأب ثم الأب ثم الاخوة للأب والأم ثم الاخوة للأب هذا المشهور من المذهب وروى عن المغيرة انه قال الجد أولى من الاخوة وهو على نحو ماتقدم ثم بعد الاخوة على قول مالك الجد ثم العم ثم ابن العم فان لم يكن عصبة فالمولى من فوق رواه ابن حبيب عن مالك (مسئلة) فان تساووا فى القعدد فقد قال ابن حبيب عن مالك ذلك الى أفضلهم وان تساووا فى الفضل فالى أسنهم فان تساووا فى ذلك فالى جميعهم يجتمعون فيعقدون عليها وروى ابن القاسم عن مالك انهم اذا اختلفوا وهم فى القعدد سواء رفع ذلك الى السلطان فينظر فيه قال بعض القرويين يريد أن الوليين اذا استويا فمن رضيت هى أن يعقد عليها كان ذلك له دون السلطان وهذا الذى قاله فيه نظر لانه انما قال ان اختلفوا وهم فى القعدد سواء

(١) ينظر اسم الرجل فى محله من كتب السنة

نظر السلطان ولم يقل خيرت المرأة وانما يكون ذلك اذا أنفذ العقد باختيار المرأة فليس لغيره من الأولياء الاعتراض ولو كان أقرب من العاقد وأما ان منع من ذلك قبل العقد فان السلطان ينظر فيه وقد روى ابن حبيب عن مالك ان سبق أحدهم فقد مضى استووا في الفضل أو اختلفوا وقال مع ذلك ولا يجوز للمرأة أن تستخلف على نفسها وليا ولا غيره لان الولى قد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حقا له حين قال لا انكاح الا بولى وانما الى المرأة الرضا بالزوج والمهر وهذا القول مخالف لظاهر ما في المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك وقول ابن حبيب مبنى على انه حق للولى على ما رواه ابن المواز في كتابه فليس للمرأة منعه منه وما في المدونة مبنى على انه حق للمرأة فلها أن تخص به من شاءت من أوليائها بحق النظر لها ولا يخلو مع ذلك أن يكون فيه حق لجماعة الأولياء (فرع) فان عقد الابعد مع وجود الأقرب ففى المدونة انه ينفذ وروى أبو زيد في ثمانيته عن ابن الماجشون انه ان زوجها الأب دون الابن أو زوجها الأخ دون الأب انه يفسخ ما لم يدخل بها فان دخل بها لم يفسخ وهذا مبنى على ما تقدم (مسئلة) وأما النوع الثانى من القرابة وهى التى ليست بقريبة فقد قال مالك في المدونة ذو الرأى من أهلها هو الرجل من العشيرة أو ابن العم أو المولى وروى ابن نافع عن مالك انه الأولى من عصبتها وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن العشيرة قد تعظم فانما هو الرجل من البطن التى هى منه أو من بطن من أعتقها لان البطن ألصق من العشيرة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد روى ابن حبيب في واضحته عن مالك ان الأولياء اذا تباعدوا جدا مثل ابن عم غير دنية والمولى فذلك فيهم أسهل لا بأس أن يلى ذلك منهم ذو الحال والسن وان كان غيره أقرب منه ووجه ذلك ان القرابات اذا تباعدت حتى يضعف التعصيب وسبب الغيرة ولحوق العار وجب أن يراعى فيه الصلاح والدين والحال المانعة من الرضا بالدنيات وترك المبالغة في النصح (فرع) وان عقد الأبعد مع وجود الأقرب ففى المدونة ان ذلك جائز نافذ وأكثر الرواة يقولون لا يزوجها ولى وثم أولى منه حاضر فان فعل نظر السلطان في ذلك وقال آخرون للأب أن يرد أو يجيز الا أن يطول مكثها وتلد منها أولادا قال ابن حبيب عن مالك وذلك ما لم يكن الولى الأقرب حاضرا يصلح ان غيره عقد على وليته فان ذلك يحمل منه على الرضا

(فصل) وقوله أو السلطان يريد والله أعلم من له حكم من امام أو قاض فانه يزوجها مع عدم الولى وأما مع الولى فقد روى أصبغ عن ابن القاسم انه قال ليس للسلطان أن يزوج امرأة رفعت أمرها اليه وسألته أن يزوجها حتى يسأل ألها ولى أم لا فان ثبت عنده بأهل العدل من أهل المعرفة بها من جيرانها أو غيرهم انه لا ولى لها زوجها وان كان لها ولى لم يزوجها حتى يدعو وليها فان أبى من انكاحها سأله عن وجه امتناعه فان استصوب ما قال ردها الى رأيه وان رأى غير ذلك أمره بانكاحها فان أبى زوجها (فرع) ولو بدر السلطان أو ذو الرأى من أهلها فأنكحها أحدهما مع حضرة الولى الاقعد ففى المدونة عن المرأة يزوجها القاضى من نفسه ولها ولى انه ليس للولى في ذلك رأى ولم ير له فسخ وقال ان الحديث الذى جاء عن عمر بن الخطاب انه قال لا ينكح المرأة الا وليها أو ذو الرأى من أهلها أو السلطان فهذا سلطان وليس معنى ذلك انه انما يزوجها السلطان اذا لم يكن لها ولى وانما جعل عمر النكاح بينهم في هذا الحديث وقال ان الرجل من العشيرة أو الولى يزوج المرأة العربية فانه يجوز انكاحه وان كان ثم من هو أقعد منه وقد حكى ابن حبيب عن ابن القاسم انه تأول في قول عمر لا تنكح المرأة الا باذن وليها أو ذى الرأى من أهلها أو السلطان انما ذلك على المساواة قال

عبد الملك ولو كان ذلك كذلك لكان قول مالك وأصحابه من دوداحين قدموا الاقعد على الأبعد
وانما معنى ذلك اذا لم يكن لها ولى من ولاة القرابة والرحم فذو الرأى من أهلها أو السلطان عند ذلك
بمثابة الولى (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون فان السلطان يقدم على ذى الرأى من أهلها
فان عقد النكاح ذو الرأى مضى ولم يرد رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون (مسئلة) وأما
الولاية العامة فهى ولاية الاسلام والأصل فى ذلك قوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء
بعض فان عقد النكاح أجنبى مؤمن فلا تخلو المرأة أن يكون لها ولى من قرابتها وعصبتها أو لا يكون
لها ولى حاضر غير الحاكم وان كان لها ولى حاضر فلا يخلو أن يملك الاجبار كالأب والسيد أو
لا يملكه فان كان ممن يملكه فسخ النكاح على كل حال وليس للأب ولا للسيد اجازته وقد حكى
القاضى أبو محمد ان فى السيد روايتين (فرع) فان كان وليها لا يملك الاجبار كالأب فى الثيب
وسائر العصبة فى البكر والثيب فقد قال ابن القاسم فى المدونة ان أجازه الولى قبل البناء أو بعده
جاز وان رده قبل البناء أو بعده رد ما لم يطل ويكون صوابا وقد توقف مالك فى الجواز عنه اذا
أجازه الولى بالقرب وقال ابن نافع وعلى بن زياد لا يجوز وان أجازه الولى وقال القاضى أبو محمد ان
زوجها الأجنبى مع القدرة على ولى بالنسب أو الحاكم ففيها روايتان احداهما ان ذلك غير جائز
والثانية ان النكاح ماض اذا تزوجت كفؤا وجه الرواية الأولى ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم
انه قال فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له ومن جهة المعنى أن اباحة ذلك مسقط لولاية الأولياء
فوجب أن يمنع كما لو عقدت المرأة على نفسها ووجه الرواية الثانية قوله تبارك وتعالى والمؤمنون
والمؤمنات بعضهم أولياء بعض فأثبت الولاية بالايمان ودليلنا من جهة المعنى ان هذه ولاية ثابتة
بالشرع فجاز أن يثبت بها عقد النكاح كالنسب والحاكم (فرع) فاذا قلنا لا يجوز ذلك فى
ذات الحال فهل يجوز ذلك فى الدنية قال القاضى أبو محمد فى ذلك أيضا روايتان والأظهر أن
النكاح جائز وجه رواية المنع ان هذه ذات ولى بنسب أو حاكم فلم يكن للاجنبى عقد نكاحها
كذات الحال ووجه رواية الاجازة ان الدنية يتعذر عليها رفع أمرها الى الحاكم فلو كلفت ذلك
لاضر بها وتعذر نكاحها (مسئلة) وأما اذا لم يكن لها ولى بنسب ففى الموازية من رواية
أشهب عن مالك فى المدنية تولى رجلا ينكحها نهى عن ذلك وقال اذا عمل به ضاعت الفروج
وروى ابن وهب عن مالك فى المرأة لا ولى لها أو تكون فى البادية يجوز لها ذلك اذا لم تضع نفسها
فى دناءة وليس كل امرأة تقدر على رفع أمرها الى السلطان وروى ابن القاسم فى الواضحة فى الدنية
ليس لها ولى بقرابة ولا ولاية يجوز أن يزوجها الأجنبى دون الامام وأنكر ابن الماجشون رواية
ابن القاسم وقال انما قال ذلك مالك فى الأعجمية تعمد للرجل فيلى منها ما يلى من مولاته لا بأس أن
يعقد نكاحها باذنها اذا لم يكن لها ولى وأما ذات الحال والنسب فلا (فرع) فاذا قلنا بالمنع
فزوجها أجنبى فقد قال ابن القاسم فى الموازية للولى والسلطان فسخ ذلك وكتب مالك الى ابن غانم
اذا زوجها الأجنبى وأولياؤها غيب فرفع الى السلطان لا ينظر فيه الا أن يقدم الولى فيطلب
الفسخ فيفسخ الا فيما تطاول مع الولادة وأما التى لا خطب لها وليست من العرب فلا يفسخ وان
قرب فأما القول الأول فمبنى على المساواة بين الولى والسلطان فى استحقاق عقد النكاح وأما
القول الثانى فمبنى على تقديم الولى (فرع) فان ظهر على ذلك قبل البناء فلا عقوبة عليهما
اذا كان النكاح مشهورا وان بنى عوقبا جميعا ومن تولى العقد ومن علم من الشهود والفسخ بطلقة

بائنة ووجه ذلك انه اذا فسخ قبل البناء فلم يوجد غير العقد بالقول وأما اذا فسخ بعد البناء فقد وجد منهما التسبب الى انتهاك حرمة البضع والقصد الى استباحته من غير اذن الولى

(فصل) اذا ثبت أن هذا حكم الولاية الخاصة والعامة فههنا معان تمنع من عقد النكاح بها * ويبطل معنى الولاية ستة معان الصغر والجنون والسفه الموجب للحجر أو المقترن بالحجر على اختلاف أصحابنا فى ذلك والأنوثة والرق والكفر فأما الصغر والجنون فلعدم التكليف وأما السفه ففى الموازية عن ابن القاسم يزوج السفيه ابنته وليس له ذلك الا باذن وليه وقال ابن وهب ولى السفيه أولى بانكاح بناته وامائه ولا أمر له فيهن وان كان يستحب حضوره فلا تضر غيبته وقال أشهب يزوجها وليها اذا كان ذا رأى أى اذا لم يول عليه وان كان سفيها وهو نحو قول ابن وهب فالخلاف بين ابن القاسم وابن وهب يتقدر فى أن السفيه أولى بالعقد عند ابن القاسم والولى أولى به عند ابن وهب وجه قول ابن القاسم ان الولاية عليه انما هى فى ماله وأما اذا كان معه من الميز ما يأنف به من وضع وليته عند غير كفؤ فهو أولى بالعقد الا أن يكون من الضعف بحيث لا يظن به مثل هذا ويكون حضوره فيه كغيبه فقد قال ابن القاسم لا يعقد وانما اعتبر مع ذلك ابن القاسم اذن الولى لئلا يخلو من تسديده ووجه قول ابن وهب ان ذلك فى السيد المحجور عليه لان الحجر عليه ينافى عقده وأما اذا لم يكن محجورا عليه فنكاحه ماض وان كان فعله صوابا يشير الى اعتبار ذلك فان لم يثبت ما يوجب الفسخ والرد أمضى قال أصبغ قول ابن وهب قال محمد الا قوله ان لم يكن له ولى جاز وذلك كله ان كان له ولى أو لم يكن له ولى ينظر فيه فيجاز أو يرد بالاجتهاد فأشار الى أنه يجوز عقده وان كان محجورا عليه وانما يرد أن يبين فيه ما يوجب رده فأشار الى انه يجوز عقده وان كان محجورا عليه وقد قال ابن وهب ان السفيه الذى يولى عليه ان عقده كان لوليه اجازته أو رده ففرق ابن وهب بين المحجور عليه وبين غيره فى ان المحجور عليه يرد الولى ان شاء نكاحه وغير المحجور عليه لا يرد انكاحه وليه الا لوجه بين وعند ابن المواز لما كان حقا للمرأة لم يرد الا لوجه يقتضى ذلك ويبين وجه الاجتهاد فيه والله أعلم قال ابن وهب والأخ السفيه فى أخته بمنزلته فى ابنته قال أشهب فى العتبية نحوه فى الأخت وقال أبو عبد الله بن العطار فى مولى عليه من أب أو ابن عم ليس لواحد منهما أن يعقد نكاحها فان فعل فسخ ويعقدها وصى الولى أو وصى الأب ويعقدها القاضى أو السلطان فان كن أبكارا زوجهن وصى الأب ويسمع منهن وان كان بأمر القاضى فهو آثم (مسئلة) وأما الأنوثة فقد تقدم ذكرها وأما الرق ففى المدونة والموازية عن مالك ان عقد السيد نكاح ابنته الحرة أو غيره أو نكاح أمته أو غيرها من النساء لم يجز وان أذن فيه الأولياء قبل العقد أو أجازه بعد العقد ويفسخ قبل البناء وبعده وان طال الزمان وولدت الأولاد كانت دنية أو ذات قدر وفسخه بطلقة وان دخل بها فلها المهر المسمى وكذلك ان عقده من فيه بقية رق من مكاتب أو مدبر أو معتق بعضه وان كانت ابنته بكرا ووجه ذلك ان فيه من النقص ما يمنع قبول شهادته مع الصلاح فلم يجز أن يعقد على البضع أصل ذلك المرأة (فرع) فان قدم من يزوجها فقد قال ابن حبيب يفسخ وان فاتت بالبناء وقد قال مالك فى العبد الموصى اليه يقدم من يزوج اليتيمة وقال مالك فى المدونة يقدم المكاتب من يزوج ابنته ومعنى ذلك ان ابنته الحرة لا ولاية له عليها فاذا استخلف من يعقد نكاحها فهو بمنزلة أن يستخلفه أجنبى والله أعلم (مسئلة) وأما الكفر ففى المدونة لا يجوز أن يعقد النصرانى نكاح المسلمة قال فى العتبية عيسى عن ابن القاسم فى مسلم أوصى الى نصرانى

وتزج بناته لايجوز ايصاؤه الا أن يرى الامام له وجها فيمضي الوصية ويوكل النصراني من يزوجهن من المسلمين ووجه ذلك أن النقص في الدين يمنع عقد النكاح على الابضاع فبان يمنعه ذهاب الدين جملة أولى (فرع) فاذا قلنا يستخلف من يزوج اليتيمة الموصى بها اليه فانه لايجوز أن يستخلف من يزوج ابنته المسلمة لما قدمناه رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية (فرع) وأما المسلم يزوج أخته النصرانية ففي المدونة سئل عنها مالك وقال أمن نساء الجزية هي قيل نعم قال لايجوز ذلك ماله ومالها قال الله تعالى مالكم من ولايتهم من شئ قال عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب للمسلم أن يعقد نكاح ابنته النصرانية لمسلم وان كان لنصراني فلا يليها أبوها وجه القول الاول اختلاف الدينين كما لو كان الأب نصرانيا وهي مسلمة ووجه القول الثاني ان عقد المسلم على النصرانية غير مفسد للنكاح كالسيد المسلم يزوج أمته النصرانية من مسلم أو نصراني (فرع) فاذا قلنا بقول مالك ففي الموازية عن مالك لا يزوج النصرانية وليها المسلم من مسلم ان كانت حرة ذمية وان كانت معتقة فذلك له قال وكذلك لمولاها انكاحها من المسلم وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم لايزوج المسلم النصرانية أخته كانت أو أمته واذا رفعت أمرها الى الامام ردها الى أهل دينها (مسئلة) وأما انكاح السكران ففي العتبية لابن القاسم عن مالك لايجوز نكاح السكران ويلزمه طلاقه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ سبيل السكران في نكاحه وانكاحه سبيل المعتوه لايلزمه منه شئ وروى سحنون عن ابن نافع يجوز عليه كل ما فعل من بيع وغيره فقول مالك لايجوز نكاحه يقتضي المنع من صحته لنقصه ولذلك ألزمه طلاقه ورواية ابن حبيب أنه بمنزلة المعتوه يقتضي انه لايجوز ذلك منه لعدم عقله وميزه أو بعض ذلك وقول ابن نافع تجوز أفعاله يقتضي انه بقي معه عقله وميزه ما يصح به قصده واختياره فيلزمه عقده ولو تيقن انه لم يبق معه ميزه لما لزمه شئ من ذلك وهذا لا يكون الا اذا بلغ حد المغمى عليه فلا يصح منه قصد ولا عقد والله أعلم (مسئلة) وأما الفسق فانه لاينافي ولاية النكاح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لاتصح من الفاسق ولاية في النكاح والدليل على مانقوله ان هذا ذكر حر مسلم فجاز أن يكون وليا في النكاح أصل ذلك العدل ص * مالك انه بلغه ان القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا ينكحان بناتهما الابكار ولايستأمرانهن قال يحيى قال مالك وذلك الأمر عندنا في نكاح الابكار * ش قوله انهما كانا ينكحان بناتهما الابكار ولايستأمرانهن يقتضي ان انكاحه اياهن لازم لهن وهذا معنى اجباره والبكر على ثلاثة أضرب صغيرة وبالغ ومعنس فاما الصغيرة فلا خلاف ان الأب يملك اجبارها ويجوز انكاحه لها والأصل في ذلك قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن فجعل على اللائي لم يحض عدة ولا يكون الا عن نكاح ومن جهة السنة ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعا (مسئلة) وأما البالغ فلا يختلف أصحابنا في ان الأب يملك اجبارها وقال أبو حنيفة لايجبرها الأب على النكاح والدليل على مانقوله ان هذه بكر لايفتقر عقد نكاحها الى نطقها مع القدرة عليه فكان للأب اجبارها على النكاح كالصغيرة (مسئلة) وأما الضرب الثالث وهي المعنس فاختلف قول مالك في اجبارها فروى ابن وهب عنه أنها اذا عنست لم يزوجها الا برضاها وروى محمد عنه ان له ان يجبرها وان عنست وبلغت أكثر من أربعين سنة وجه القول الاول انها قد بلغت سنا لاتبلغه غالبا الا من

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا ينكحان بناتهما الابكار ولا يستأمرانهن * قال مالك وذلك الأمر عندنا في نكاح الأبكار

عرفت مصالحها مع السلامة فكانت كالثيب ووجه الرواية الثانية انها بكر فلزمها اجبار الأب كالتى لم تعنس (فرع) فاذا قلنا باعتبار التعنيس ففى الموازية من رواية ابن وهب ان حد التعنيس الثلاثون سنة والخمسة والثلاثون وروى عن ابن القاسم الاربعون والخمسة والاربعون

(فصل) اذا ثبت ذلك فالبكر عند مالك التى لم تذهب عذرتها بوطء مباح أو وطء شبهة بنكاح أو ملك يمين وأما التى ذهبت عذرتها بوطء زنى فان حكمها حكم البكر فى الاجبار عند مالك وجميع أصحابه وروى ابن حارث عن محمد بن عبد الحكم ليس للاب اجبارها وهى كالثيب ووجه القول الأول ان الاجبار انما هو مما جبل عليه الابكار من الحياء فى ذكر الزوج والزانية بدها حياء فكان حكمها فى ذلك حكم البكر فنقول انها لم تذهب عذرتها بوطء مباح فكان لها حكم البكر كالتى ذهبت عذرتها بطفرة ووجه القول الثانى ان هذا ذهبت عذرتها بوطء فثبت لها حكم الثيوبة كالتى ذهبت عذرتها بوطء الزوج

(فصل) وقوله ولا يستأمر انهن يريد ان ذلك لم يكن من فعلهما فأورد مالك رحمه الله فعلهما وأخذ به واحتج على ذلك بقوله تعالى انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين ولم يذكر الاستئمار ويحتمل أن يترك ذلك القاسم وسالم منعا منه ويحتمل لما لم يرياه واجبا وقد روى محمد بن يحيى عن مالك فى المدينة وأحسن ذلك أن يستأمر الاب ابنته البكر فان زوجها من غير مؤامرة جاز قال عيسى وأنكر ابن القاسم أن يشاورها أبوها فوجه استحسان مالك استئمارها انها ربما كرهت بعض من يرضاه أبوها فيدخل عليها مضرة والله أعلم ص * (قال مالك وليس للبكر جواز فى مالها حتى تدخل بيتها ويعرف من حالها) * ش وهذا كما قال انه ليس للبكر جواز فى مالها يعنى انه لا يجوز لها فيه فعلها ولا عقودها حتى تدخل بيتها يريد بناء زوجها بها ويعرف من حالها يريد أن يعرف رشدها وتمضى مدة يعلم بها انها قد خبرت أحوال الناس وعرفت وجوه مصالحها وروى ابن مزين عن عيسى أن معنى قوله حتى يعرف من حالها قال هو أن يشهد الشهود العدول من أهل الاختبار لها انها صحيحة العقل حسنة النظر فى مالها مصلحة له حابسة على نفسها ولا يكون هذا بشهيدين حتى يشهد لهؤلاء من قدم ويعرف ذلك منها ويشهر فاذا جرب هذا منها وبنى بها زوجها وهى حديثة السن جاز أمرها بعد البناء بسنة وأقل وقال ابن نافع مثله والبكر على ثلاثة أضرب على ما قدمناه فأما الصغيرة فلا خلاف نعلمه فى أنه لا يجوز لها النظر فى مالها وأما البالغ فان مالكا لا يجوز فعلها فى مالها يتيمة كانت أو ذات أب وقال أبو حنيفة والشافعى يجوز فعلها فى مالها بنفس بلوغها والدليل على ما نقوله أن من لا يعتبر الأب رضاها فى انكاحها فان له النظر لها فى مالها كالصغيرة ودليل آخر وهو أن المعنى المعتبر فى الرشد هو المعرفة بمصالح المال ومنافعه وتثميره والحفظ له وذلك لا يحصل الا بمباشرة الناس ومعاملتهم والتصرف معهم وقد علم من حال البكر الانقباض عن معاملة الناس ومباشرتهم وذلك يقتضى جهلها باصلاح مالها ومنافعه وتثميره مع الحياء الغالب المانع من المراجعة فيه والمنع منه فوجب أن يكون النكاح شرطا فى الرشد الذى يقتضى تسليم المال الى اليتيمة كالبلوغ ونحرر منه دليلا فنقول انه معنى يمنع فى الغالب القيام بحفظ المال وتثميره فوجب أن يمنع من التصرف فيه كعدم البلوغ (فرع) وهذا حكم ذات الأب فأما اليتيمة فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك أنه لا يجيز للبكر قضاء فى مالها بيع ولا غيره كان لها ولى أو لم يكن حتى تبلغ الاربعين سنة فصاعدا وقال ابن عبد الحكم فى البكر البالغ عليها ولى لا يجوز أمرها فى مالها فان لم

* قال مالك وليس للبكر جواز فى مالها حتى تدخل بيتها ويعرف من حالها

تول جاز أمرها فى البيع والشراء وأما العتق والصدقة والعطية فلا وقال أبو زيد وابو الحرث وسحنون يجوز صنيعها كله مالم تول بولى (فرع) فاذا كانت ذات أب أو يتيمة وقلنا انه لايجوز فعلها فى بكارتها فان دخل بها زوجها فعرف رشدها فان قضاءها فى مالها جائز الآن مالكا قال أحب الى أن يؤخر قضاؤها فى مالها بسنة رواه ابن حبيب عن مطرف عنه وان علم سفهها استديم الحجر عليها حتى يعلم رشدها ولا خلاف فى ذلك نعلمه الامارو ى عن أبى حنيفة انه يزول الحجر عنها اذا بلغت خمسا وعشرين سنة وسيأتى بيان ذلك فى باب الحجر ان شاء الله تعالى فان جهل أمرها توقف فيها مدة يختبر حالها بما يمكن أن يظهر فى مثله صلاح افعالها وفسادها وقد روى ابن حبيب عن مالك انه اذا كان قضاؤها فى مالها بقرب بنائها ببيع أو عتق أو غيره فالبينة برشدها على من يريد اجازة قضائها الى انقضاء سنة من يوم البناء بها وكذلك ماقارب السنة وان كان قضاؤها بذلك بعد السنة على من يريد رد قضائها وقال ابن الماجشون فى ذات الزوج يكون لها القدر والمال فتريد أن تهب منه وتتصدق انه ان كان مالها بيدها فأمرها جائز ان كانت قد أقامت مع زوجها بعد البناء سنة أو نحوها أو ولدت وان كان مالها عند أبيها أو وصيها فلا يجوز فعلها فى شئ منه حتى تلى نفسها ووجه اعتبار السنة أن هذا حكم نعتبر فيه طول المدة بعد البناء فكان الاعتبار فيه بالسنة كمعرفة العنة وأما اعتباره بكون المال فى يدها فان كون مالها بيدها دليل على ترشيدها وتجويز أمرها كما ان قبضه منها دليل على الحجر عليها والمنع لها من التصرف فيه ص * مالك انه بلغه ان القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار كانوا يقولون فى البكر يزوجها أبوها بغير اذنها ان ذلك لازم لها * ش قولهم فى البكر يزوجها أبوها بغير اذنها ان ذلك لازم لها يريدون بذلك أنه يملك اجبارها على النكاح ممن شاء وعلى أى وجه شاء مالم يكن فى ذلك ضرر فلا يلزمها ذلك فله أن يزوجها من الضرير والقبيح وممن هو أدنى حالا منها وأقل مالا وان زوجها من مجبوب أو خصى أو عنين فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ يلزمها ذلك اذا كان على وجه النظر علمت بذلك أو لم تعلم * قال الامام أبو الوليد رضى الله عنه وقد رأيت لسحنون انه لا يلزمها فى الخصى وهو الأظهر عندى فى العنين والخصى والمجبوب ووجه ذلك ان كل مالمرأة أن تفسخ به نكاح الزوج من العيوب التى هى العنة وما فى معناها فليس للأب الزامها ذلك كما لو ظهرت بعد عقد النكاح (مسئلة) ولا يلزمها أن يزوجها الأب من مجنون يخاف عليها منه ولا من أبرص منسلخ ولا مجذوم مقطع قد منع الكلام وتغيرت رائحته قاله ابن حبيب وقال سحنون ان كان به ضرر فى بدنه لم يلزمها ووجه ذلك مافيه من الاضرار بها وليس له ذلك وانه يلزمه أن يحسن النظر لها ولو زوجها من سكير فاسق لايؤمن عليها لم يجز وللامام رده قاله أصبغ (مسئلة) ولا يملك اجبارها جد ولا غيره من الأولياء الا الأب وحده قاله مالك قال القاضى أبو محمد خلافا للشافعى ان الجد يجبر كالأب ودليلنا انه عصبة يحجبه الأب فلم يملك الاجبار بالنسب كالأخ (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان حكم الثيب الصغيرة حكم البكر فى اجبار الأب خلافا للشافعى والدليل على مانقوله ان الصغر معنى يمنعها التصرف فى بضعها كالبكارة (فرع) ومتى ينقطع عنها حكم الاجبار قال أشهب فى الموازية ينقطع عنها بالمحيض رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية وقال سحنون يجبرها الأب وان حاضت وينفق عليها وجه القول الأول ان الثيوبة مع البلوغ تقطع الاجبار وقد وجد فى مسئلتنا ووجه القول الثانى ملك الأب اجبارها فلم ينقطع ذلك بالبلوغ كالبكر

* وحدثنى عن مالك انه بلغه أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار كانوا يقولون فى البكر يزوجها أبوها بغير اذنها ان ذلك لازم لها

﴿ ماجاء في الصداق والحباء ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي حازم بن دينار عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يارسول الله اني قد وهبت نفسي لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يارسول الله زوجنيها ان لم تكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها اياه فقال ماعندي الا ازاري هذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيأ فقال ما أجد شيأ فقال التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيأ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن فقال نعم معي سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معك من القرآن ﴾ ش قول المرأة يارسول الله اني وهبت نفسي لك تريد على وجه النكاح وفيه بابان أحدهما انه لايجوز هبة البضع من غير عوض لغير النبي صلى الله عليه وسلم والثاني في النكاح

(الباب الأول في ان هبة البضع من غير عوض لاتجوز)

لاخلاف انه لايجوز نكاح بدون مهر لغير النبي صلى الله عليه وسلم والأصل في ذلك قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين فأخبر تعالى ان ذلك خالص للنبي صلى الله عليه وسلم دون سائر المؤمنين فلا يحل ذلك لغيره ومن جهة السنة ان المرأة قالت له يارسول الله اني قد وهبت نفسي لك فلم ينكر ذلك عليها فلو كان منكرا لأنكره عليها ولم يقرها عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم لايقر على الباطل ثم انه لما سأل القائم نكاحها لم يجعل له الى ذلك سبيلا دون صداق مع حاجة القائم وفقره وعدم مايصدقها اياه حتى أنكحه اياها بما معه من القرآن ولو جاز أن يخلو نكاح غير النبي صلى الله عليه وسلم من عوض لما منعه النبي صلى الله عليه وسلم ذلك مع شدة الفقر والحاجة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهو على ضربين قال ابن حبيب ان عني به هبة النكاح ولم يعن به هبة الصداق فهذا يفسخ قبل البناء وبعده ولها صداق المثل قال وان عني به نكاحها بغير صداق فلا يجوز وما أصدقها ولو ربع دينار فأكثر فجائز ولها لازم تجبر على ذلك قبل البناء وبعده وهذا الذي قاله فيه عندي نظر وانما يجب اذا وهبت نفسها للرجل ولم ترد به النكاح وانما أرادت به بذل البضع أن لا يكون هنالك نكاح يثبت قبل البناء وبعده وانما هو سفاح يثبت فيه الحد ولا يلحق فيه النسب وأما ما أراد به عقد النكاح من غير صداق ففي المدونة عن ابن القاسم قولان أحدهما انه يفسخ قبل الدخول والثاني انه يفسخ قبل الدخول وبعده وقال القاضي أبو الحسن وهو الصحيح عندي وقال الشيخ أبو اسحاق فيه ثلاث روايات الروايتان اللتان تقدمتا والثالثة انها بمنزلة نكاح التفويض وهذا يقتضي امضاءه قبل البناء وبعده (فرع) فاذا قلنا يفسخ بعد البناء فقد قال أشهب لها ثلاثة دراهم وقال أصبغ لها مهر المثل واذا قلنا يثبت بعد البناء فقد قال مالك لها مهر المثل

(الباب الثاني)

في حكم النكاح بلفظ الهبة مع ذكر العوض * وذلك أن يقول وهبتك وليتي على أن تصدقها مائة دينار أو ما اتفقا عليه ويقع العقد بذلك فقد حكى القاضي أبو محمد في اشرافه ان النكاح ينعقد بكل لفظ يقتضي التمليك المؤبد كالهبة والبيع دون مايقتضي التوقيت وزاد القاضي أبو الحسن ولفظ

﴿ ماجاء في الصداق والحباء ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي حازم بن دينار عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يارسول الله اني قد وهبت نفسي لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يارسول الله زوجنيها ان لم تكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها اياه فقال ماعندي الا ازاري هذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيأ فقال ما أجد شيأ فقال التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيأ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن فقال نعم معي سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معك من القرآن

الصدقة قال وسواء عندي ذكر المهر أو لم يذكره في لفظ الهبة والبيع والصدقة اذا علم انهم قصدوا النكاح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ورواه مالك عن المغيرة ومحمد بن دينار والدليل على صحة ماذهب اليه مالك ماروى عبد العزيز بن أبي حازم عن أبيه عن سهل بن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الحديث المتقدم للقائم قد ملكتكها بما معك من القرآن ووجه الدليل من الحديث أنه صلى الله عليه وسلم زوجه اياها بلفظ التمليك وذلك لا يجوز عند الشافعي ودليلنا من جهة القياس أن هذا لفظ يقتضي اطلاقه عقد تمليك مؤبد فجاز أن ينعقد به النكاح كلفظ النكاح والتزويج

(فصل) وقوله فقام رجل فقال زوجنيها يارسول الله ان لم يكن لك بها حاجة دليل على جواز الخطبة التي قد أجابت الى النكاح باستئذان الذي أجابته وان المنع من أن يخطب أحد على خطبة أخيه انما هو لحق الناكح فاذا استؤذن في الخطبة وصرف الامر اليه في ذلك فلا حرج وهذا يقتضي أن النكاح مباح للفقير اذا وجد المهر والنكاح في الجملة مندوب اليه ولا يتعين وجوبه الا ان يخاف العنت ولم يجد ما يتسرى به وقد يتعلق المنع بذلك اذا استغنى عنه وعجز عن المهر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء تصدقها اياه مع ما يأتي بعده من نسق الكلام دليل على أن النكاح لا يجوز أن يعرى عن صداق وقوله ما عندي الا ازاري اظهار لفقره واخبار بانه لا يملك غيره وقوله صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياه جلست لا ازار لك يقتضي معنيين أحدهما أنه لا يصح أن يصدقها اياه ولو صح ذلك لما احتج عليه بتعذر تسليم الازار اليها والثاني أنه لا يجوز أن يسلمه لأن ذلك يؤدي الى البقاء على حالة لا يجوز بها البقاء عليها من كشف العورة والتعري عن جميع الملبس ولذلك لا يباع هذا من الثياب في دين ولا يقضى به حق

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم التمس شيأ وقول الرجل ما أجد شيأ وان كانت لفظة شيء تقع على القليل والكثير مما يصح أن يمهر الا انه مستند الى قوله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها اياه فكأنه قال التمس شيأ مما يمكن أن تصدقها اياه فقال الرجل ما أجد شيأ يصح أن يكون صداقا لأنه لا خلاف أنه كان يقدر على نواة تمرة وقتة حشيش وحزمة حطب يحتطبه وأنواع هذا مما لا يصح أن يكون مهرا والشافعي يقول ان المهر يكون قليلا وكثيرا الاحد لأقله ومع ذلك فلا يجوز عنده بالخزف المكسر والجرار المخرقة وبما لا يكون عوضا في الغالب فلا يجوز له حمل الحديث على ظاهره لأن لفظة شيء يقع على ذلك كله فلو حملوا الحديث على ظاهره للزمهم أن يجيزوا النكاح بقشر البيض والخزف المكسر ونحو ذلك وان قالوا ان معناه شيء مما يجوز أن يكون عوضا في الصفة فلنا أن نقول شيء مما يجوز أن يكون عوضا في المقدار ومما يبين هذا التأويل أنه لما قال لا أجد شيأ قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم التمس ولو خاتما من حديد فلو أراد بقوله التمس شيأ مما قل أو كثر لاستحال أن يقول له بعد ذلك التمس ولو خاتما من حديد لمعنيين أحدهما أنه انما يكلفه أولا الاكثر فاذا عجز عنه أرخص عنه في الاقل ومحال أن يكلفه القليل فاذا عجز عنه كلفه الكثير فدل ذلك على أن الشيء في قوله صلى الله عليه وسلم التمس شيأ أكثر من مقدار قيمة خاتم الحديد والمعنى الثاني أن الرجل قال له ما أجد شيأ وانما يعني ان لم يجد الشيء الذي كلف التماسه فلو كلف التماس ما قل أو كثر فنفاه لما جاز أن يقول له التمس خاتما من حديد لأنه قد نفى أن يجد خاتما من حديد وما هو أقل منه فلما أمره بعد ذلك أن يلتمس خاتما من حديد علم أن النبي صلى الله عليه وسلم عنى بالشيء

في قوله التمس شيأ أكثر من مقدار خاتم الحديد ولذلك قال له ولو خاتما من حديد وهذا انما يستعمل في أقل ما يكون من المطلوب

(فصل) ومطالبته بذلك في الحين تقتضي أن من حكمه تعجيله أو تعجيل ما يصح أن يكون مهرا منه ولو شرع تأخير جميعه لسأله هل يرجو أن يتكسب في المستقبل قدر الخاتم من الحديد بل الغالب تجويز ذلك كله فكان يقول له زوجتكها على أن يكون لها هذا في ذمتك ويضرب لذلك أجلا يغلب على الظن تكسبه لهذا ولما نقله عن وجود المهر الى المنافع دون واسطة ثبت أن من حكم المهر أن يتعجل منه قبل البناء ما يصح أن يكون مهرا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شيء فقال نعم وذكر له ما حفظ منه يحتمل أن يكون لما عدم الاعيان عدل الى سؤاله عن المنافع ليصدق ذلك امرأته. والثاني أن يعلم ما عنده من القرآن فقط

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معك من القرآن يحتمل أيضا وجهين أحدهما وهو الأظهر أن يعلمها ما معه من القرآن أو مقدارا ما منه فيكون ذلك صداقها وهذا اباحة جعل منافع الاعيان مهرا وقد روى عن مالك هذا التفسير رواه عنه ابن مضر الاندلسي واحتج شيوخنا العراقيون بهذا الحديث على ان منافع الاعيان يصح أن تكون عوضا عن البضع وقد روى زائدة هذا الحديث فقال فيه انطلق فقد زوجتكها فعلمها ما معك من القرآن ذكر ذلك مسلم في صحيحه وقد روى عقيل عن عطاء عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو هذه القضية ولم يذكر الازار والخاتم وقال ما تحفظ من القرآن قال سورة البقرة والتي تليها قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك والوجه الثاني ما ذهب اليه الشيخ أبو بكر والشيخ أبو محمد أن معناه زوجتكها بما معك من القرآن وأن هذا خاص لذلك الرجل دون غيره من الناس وهذا التخصيص يحتاج الى دليل والتاويل الاول أظهر من جهة اللفظ والمعنى والله أعلم وقد قال ابن مزين سألت يحيى بن يحيى عن من نكح بقرآن يقرؤه لم ينقد غيره فقال يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ولها صداق المثل (فرع) اذا ثبت الوجه الاول من جعل منافع الاعيان مهرا فقال القاضي أبو محمد والقاضي أبو الحسن انه مكروه قال القاضي أبو محمد لا خلاف فيه وقال القاضي أبو الحسن انما يكره مع القدرة على غيره وأما مع العدم فلا ولعله قد جعل هذا المعجل من مهرها لئلا يكون البناء قبل تقديم شيء من المهر وأبقى باقي المهر في ذمته وقد قال أصبغ فمن نكح بعمل سنة أكرهه ان كان معه شيء وان لم يكن معه شيء فهو أشد كراهية وان نزل مضى في الوجهين واحتج بقصة شعيب عليه السلام وجوز الشافعي جعل منافع الاعيان مهرا وقال أبو حنيفة ان منافع العبد يجوز أن تكون مهرا دون منافع الحر والدليل على ما قدمناه قوله تعالى اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشرا فمن عندك وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يرد نسخ وقد احتج مالك رحمه الله بهذه الآية في ترك الاستئجار ودليلنا من جهة القياس ان هذه منفعة معلومة مباحة من عين معروفة فجاز أن يكون عوضا للبضع كمنفعة العبد وروى عيسى عن ابن القاسم لا يكون النكاح جعلا ولا كراء ولمن عمل على ذلك أجر مثله قال مالك وماذكر من نكاح موسى عليه السلام فالأحكام على غير ذلك فهذه الرواية تمنع أن تكون المنافع مهرا خلافا لما تقدم وأما الجعل فيجب أن يكون قولا واحدا لان عقد الجعل غير لازم وعقد النكاح لازم والله أعلم ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن

سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها كاملا وذلك لزوجها غرم على وليها * قال مالك وانما يكون ذلك على وليها لزوجها اذا كان وليها الذى أنكحها هو أبوها أو أخوها أو من يرى انه يعلم ذلك منها فأما اذا كان وليها الذى أنكحها ابن عم أو مولى أو من العشيرة ممن يرى انه لا يعلم ذلك منها فليس عليه غرم وترد تلك المرأة ما أخذت من صداقها ويترك لها قدر ما تستحل به * ش قوله رضى الله عنه أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها كاملا يريد أن ما بها من الجنون والجذام والبرص لا يوجب استباحة بضعها دون عوض ولا بد لذلك من عوض وان كان للزوج ردها بهذه العيوب المؤثرة فى المنع من الاستمتاع المقصود بعقد النكاح وفى ذلك أربعة أبواب * أحدها ثبوت الخيار لكل واحد من الزوجين بالمعانى المؤثرة فى منع الاستمتاع * والباب الثانى فى تفسير المعانى التى يثبت بها الخيار للزوج * والباب الثالث فيما يوجب الفرقة بذلك قبل المسيس * والباب الرابع فى موجب الفرقة بذلك بعد المسيس

﴿ الباب الأول فى ثبوت الخيار لكل واحد من الزوجين بالعيوب المؤثرة فى منع الاستمتاع ﴾

أما ثبوت الخيار بذلك فهو قول مالك وبه قال الشافعى وهو المروى عن على وعمر رضى الله عنهما وقال أبو حنيفة لا خيار للزوج بشئ من ذلك ودليلنا من جهة القياس ان هذا أحد الزوجين فجاز أن يرد بعيب يمنع المقصود من الاستمتاع كالزوج وذلك ان أبا حنيفة وافقنا على أن الزوج يرد بالجب والعنة

﴿ الباب الثانى فى تفسير المعانى التى يثبت بها الخيار للزوج ﴾

أما المعانى التى يثبت بها الخيار للزوج فانها الجنون والجذام والبرص وداء الفرج رواه ابن عبد الحكم عن مالك قال الشيخ أبو بكر وانما كان ذلك لان هذه المعانى تمنع استدامة الوطء وكمال الالتذاذ به (فرع) فالجنون هو الصرع والوسواس الذى ذهب معه العقل كل ذلك ترد به المرأة وكذلك الجذام اذا تيقن قليلا كان أو كثيرا وأما البرص ففى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك ترد المرأة من قليل البرص فقال ما سمعت الا ما فى الحديث وما فرق بين قليل ولا كثير قال ابن القاسم ترد من قليله ولو أحيط علما فيما خف منه انه لا يزيد لم ترد منه ولكن لا يعلم ذلك فترد من قليله ووجه قول ابن القاسم أن يسيره لا يؤثر فى الاستمتاع ولكنه لا يكاد يتوقف قبل المعتاد منه التزايد فكان ذلك لتيقنه بمنزلة الموجود منه (فرع) وأما داء الفرج فقال ابن حبيب وتفسيره ما كان فى الفرج مما يقطع لذة الوطء مثل العفل والقرن والرتق وقال القاضى أبو محمد داء الفرج هو القرن والرتق وما فى معناهما وزاد الشيخ أبو القاسم فى تفريعه البخر والافضاء وهو أن يكون المسلكان واحدا وروى ابن المواز عن مالك ان كل ما يكون عند أهل المعرفة من داء الفرج فان للزوج الرد به وان لم يمنع الوطء مثل العفل القليل والقرن وحرق النار قال والمجنونة والجذماء والبرصاء يقدر على وطئها مع ذلك فللزوج ردها (مسئلة) وأما القرع الفاحش فان ابن حبيب قال له الرد به لانه من معنى الجذام والبرص ولم أر ذلك لغيره من أصحابنا والأظهر من المذهب انه لا يرد به لانه مما يرجى برؤه فى الأغلب ولا يمنع المقصود من الاستمتاع ولا يؤثر فيه كالجرب ونحوه (مسئلة) وأما ما سوى ذلك من العيوب فانه لا يرد به الا أن يشترط الصحة كالعمى والعور والعرج ونحو ذلك من العاهات فان اشترط الصحة فله الرد والا لم ترد وكذلك لو وجدها لغية لم يكن له ردها الا أن يتزوجها على نسب ووجه ذلك ان هذا

سعيد بن المسيب أنه قال قال عمر بن الخطاب أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها كاملا وذلك لزوجها غرم على وليها قال مالك وانما يكون ذلك على وليها لزوجها اذا كان وليها الذى أنكحها هو أبوها أو أخوها أو من يرى انه يعلم ذلك منها فأما اذا كان وليها الذى انكحها ابن عم أو مولى أو من العشيرة ممن يرى انه لا يعلم ذلك منها فليس عليه غرم وترد تلك المرأة ما أخذت من صداقها ويترك لها قدر ما تستحل به

معنى لا يؤثر فى الاستمتاع فلا يوجب خيار الرد بالعيب كما لو كانت شاربة خمر قال ابن حبيب الا أن يشترط الخاطب لنفسه فى ذلك فيكون له الا السوداء فانه يكون ذلك له وان لم يشترطه اذا لم يكن فى أهلها سواد لان ذلك كالشرط ويجب على هذا أن يعلم الزوج بذلك ويتزوج على ان أهلها لا اسود فيهم والافليس فى معنى الشرط والله أعلم

﴿ الباب الثالث فيما يوجب الفرقة بذلك قبل المسيس ﴾

أما ما يوجب الفرقة فانه لا يخلو أن يكون موجودا بالمرأة حين العقد أو حادثا بعده فان كان موجودا بها حين العقد فعلم به الزوج قبل البناء و بعد العقد فان له أن يفارق ولا شئ عليه من المهر أو يبنى وعليه جميعه ووجه ذلك انه عيب دلس له به ولم يفت البضع فهو بالخيار بين أن لا يرضى بالعيب فيرد النكاح ولا شئ عليه من المهر أو يرضى به فيلزمه ذلك ويكون عليه جميع المهر أو نصفه ان طلق بعد الرضا وقبل البناء (فرع) فان ادعى الزوج ان بالمرأة داء الفرج وأنكرت ذلك الزوجة ففى كتاب ابن حبيب هى مصدقة وليس له أن ينظر اليها النساء وروى سحنون عن ابن القاسم لا ينظر اليها النساء وأنكر ذلك سحنون عليه وقال كيف تعرف الا بنظرهن وروى ابن سحنون عن أبيه ينظر اليها النساء (مسئلة) فان كان حادثا بعد العقد فعلم بذلك قبل البناء لم يكن للزوج الا أن يفارق ويكون عليه نصف الصداق أو يبنى ويكون عليه جميعه وقال الشافعى يفارق ولا شئ عليه وجه قول مالك ان هذا العيب انما حدث فيما عقد عليه بعد ملكه له فكان ذلك منه كما لو ماتت (فرع) فان ظهر بعد عقد النكاح بمدة شئ من هذه المعانى فقال الزوج كان ذلك بها يوم العقد وقالت المرأة والولى انما حدث ذلك بعد العقد فقد روى العتبى عن ابن القاسم وابن حبيب عن مالك البينة على الزوج ووجه ذلك انه يدعى فسخ عقد ظاهره اللزوم وذلك من مقتضاه فعليه البينة بما يدعيه (فرع) فان لم تكن للزوج بينة فقد روى ابن حبيب عن مالك ان كان الولى أبا أو أخا فعليه اليمين وان غيرهما فاليمين عليها ووجه ذلك ان الأب والأخ لما كانا ممن يرجع عليهما بالمهر ان ثبت الرجوع بذلك لزمتهما اليمين وكذلك كل من هذا حكمه لانه يدفع عن نفسه الضمان وان كان الولى ممن لا يرجع عليه بالمهر لم تلزمه اليمين

(الباب الرابع فى موجب الفرقة بذلك بعد المسيس)

وأما موجب الفرقة بذلك بعد المسيس فان ما ظهر عليه الزوج من ذلك بالمرأة بعد المسيس فلا يخلو أن يحدث قبل عقد النكاح أو بعده فان كان حدث بعد عقد النكاح فقد وجب للمرأة جميع المهر بالمسيس سواء علم بذلك قبل الوطء أو بعده وان كان بالمرأة قبل العقد ولم يعلم الزوج به الا بعد الوطء فانه لا بد للبضع المستباح من عوض وسيأتى تفسيره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقول عمر رضى الله عنه وذلك لزوجها غرم على وليها وقول مالك بعده ان ذلك اذا كان وليها هو أخوها أو أبوها أو من يرى انه يعلم ذلك منها وأما ان كان وليها الذى أنكحها ابن عم أو مولى أو من العشيرة أو ممن يرى انه لا يعلم ذلك منها فليس عليه غرم فانه يحتمل أن يكون قول مالك خلافا لقول عمر رضى الله عنه وأن يكون مالك رحمه الله قد أورد قول عمر على ما رواه وذكر رأيه على ما رآه ويحتمل أن يكون مالك تلقى قول عمر على أنه موافق لرأيه ولكنه خاص فى الولى الذى يظن به انه يعلم وبين مالك رحمه الله ذلك بتفصيله الذى فصله فاذا كان ذلك كذلك وكان ما وجد من العيب بالمرأة موجودا بها حين العقد وظهر عليه الزوج بعد المسيس فلا يخلو أن يكون الولى فى عقد نكاحها

ممن ظاهره المعرفة بحالها والاطلاع على مابها أو يكون ممن ظاهره انه لايعلم حالها ولايقف على مابها وان كان ممن ظاهره المعرفة بحالها فلا يخلو أن يكون حاضرا معها قبل مدة النكاح أو غائبا عنها فان كان حاضرا معها وكان العيب بموضع ظاهره أنه لايخفى على مثله فلا خلاف فى المذهب ان جميع الصداق لها ويرجع به الزوج على الولى خلافا للشافعى فى قوله انه لايرجع على الولى ولا على المرأة بوجه والدليل على مانقوله ان هذا معنى يوجب خيار الرد بالعيب فوجب أن يثبت للراد الرجوع بالعوض اذا فات الرد كالرد بالعيب فى البيوع (مسئلة) ولو كان الولى القريب القرابة غائبا عنها بحيث يعلم أنه يخفى عليه خبرها فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم عن مالك انه لاغرم عليه وانما الغرم على المرأة زاد ابن حبيب عن ابن القاسم بعد أن يحلف انه ماعلم وروى عن أشهب أن ذلك على الولى وان كان غائبا لايعلم وجه قول مالك ان الظاهر من حاله انه لم يدلس بالعيب عليه كالولى الذى ليس بقريب القرابة ووجه قول أشهب انه ولى قريب القرابة فلم يسقط عنه الغرم ظاهر عدم علمه بالعيب كالبرص الذى يكون بموضع يخفى على الاب والابن (مسئلة) وان كان الولى فى عقد نكاحها من ظاهره انه لايعلم مابها من ذلك كابن العم والمولى والرجل من العشيرة فلا غرم عليه ولا يمين قاله ابن المواز وقال ابن حبيب ان اتهم انه علم حلف والا فلا شئ عليه وترد المرأة من الصداق ما أخذته غير أنه يترك لها من ذلك ربع دينار وذلك مايستحل به فرجها لانه لايجوز استباحته بغير عوض فوجب انفاذ ذلك لها قال ابن حبيب وانما يرجع عليها بالعين التى دفعها اليها دون الجهاز ص * مالك عن نافع ان ابنة عبيد الله بن عمر وأمها بنت زيد ابن الخطاب كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر فمات ولم يدخل بها ولم يسم لها صداقا فابتغت أمها صداقها فقال عبد الله بن عمر ليس لها صداق ولو كان لها صداق لم نمسكه ولم نظلمها فأبت أمها أن تقبل ذلك فجعلوا بينهم زيد بن ثابت فقضى أن لاصداق لها ولها الميراث * ش قوله ان بنت عبيد الله بن عمر كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر فمات ولم يسم لها صداقا يقتضى ان نكاحها كان على وجه التفويض * والنكاح على ضربين نكاح تسمية مهر ونكاح تفويض فأما نكاح تسمية المهر فقد تقدم وأما نكاح التفويض فهو جائز والأصل فى ذلك قوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة قال القاضى أبو محمد فأباح الطلاق مع عدم الفرض والمسيس والطلاق المباح لا يكون الا فى نكاح صحيح * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وعندى ان وجه التعلق من الآية انه بمعنى نفى الجناح عن من طلق مالم يمس أو يفرض فريضة وهذا يقتضى رفع المأثم بعقده واذا ارتفع المأثم دل على اباحته والدليل على صحته الاجماع فلا خلاف بين المسلمين فى جوازه وصحته اذا ثبت ذلك ففيه أربعة أبواب أحدها فى صفته والثانى فى حكمه قبل المسيس والثالث فى حكمه بعد المسيس والرابع فى حكم مهر المثل ومايعتبر فيه (الباب الاول فى صفته) اما صفته فهو أن يصرحوا بالتفويض أو يسكتوا عن ذكر المهر قاله ابن حبيب وأشهب ووجه ذلك انه لما كان اطلاق العقد يقتضى الصحة ولا يصح النكاح الا بعوض ولم يكن فى الكلام ماينفى العوض حمل على النكاح بالمهر الذى يسكت عن ذكره وهو بمعنى نكاح التفويض واقتضى ذلك التفويض الى الزوج فيه لانه من قبله ينفذ وعليه يجب (مسئلة) ومثل ذلك أن يزوجها على حكم الزوج قال ابن حبيب وكذلك على حكم أجنبى أو على حكم الولى فأما على حكم الزوجة فلا خلاف بين أصحابنا فى جوازه غير عبد الملك بن الماجشون فان ابن المواز يفسخ قبل البناء ونحو ذلك

* وحدثنى عن مالك عن نافع ان ابنة عبيد الله بن عمر وأمها بنت زيد بن الخطاب كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر فمات ولم يدخل بها ولم يسم لها صداقا فابتغت أمها صداقها فقال عبد الله بن عمر ليس لها صداق ولو كان لها صداق لم نمسكه ولم نظلمها فابت امها أن تقبل ذلك فجعلوا بينهم زيد بن ثابت فقضى أن لاصداق لها ولها الميراث

روى عنه القاضى أبو محمد وروى عنه ابن حبيب جوازه وجه رواية الجواز انه تفويض فى مقدار الصداق فلم يمنع صحة النكاح كالتفويض الى الزوج ووجه رواية المنع ان الصداق من جهة الزوج فاذا بذل مهر المثل لزم النكاح وليس من جهة المرأة فاذا رضيت به لم يلزم النكاح لان للزوج الامتناع من ذلك فلما لم يلزم النكاح من احدى الجهتين لم يصح كما لو كان التفويض فى البضع

(الباب الثانى فى حكم نكاح التفويض قبل المسيس)

وأما نكاح التفويض بالتصريح أو السكوت فانه لازم للمرأة ان فرض لها الزوج مهر المثل ولا يخلو فرضه من ثلاثة أحوال أحدها أن يفرض مهر المثل فأكثر والثانى أن يفرض أقل من مهر المثل مما يصح أن يكون مهرا والثالث أن يفرض من المهر ما لا يصح أن يكون مهرا فاذا فرض مهر المثل فأكثر فقد تقدم ذكره ووجه ذلك أن الزوج قد ملك استباحة بضعها بدليل صحة النكاح واذا ملك ذلك بنفس العقد لم يلزمه أكثر من قيمته وذلك مهر المثل فان فرض أقل من مهر المثل مما يصح أن يكون مهرا وذلك أكثر من ربع دينار فان رضيته الزوجة جاز النكاح ولزمها وان أبت من ذلك لم يلزمها النكاح ووجه ذلك انه اذا فرض ربع دينار فأكثر فالحق غير خارج عنهما فما اتفقا عليه لزمهما وجاز لهما ذلك وأما اذا فرض لها ما لا يصح أن يكون مهرا وذلك أن يفرض لها أقل من ربع دينار فلا يجوز لها الرضا به لان الحق لله فلا يجوز لها اسقاطه (مسئلة) فان تزوج على حكم أجنبى أو على حكم الولى فقد قال ابن حبيب ان فرض لها بمهر المثل فأكثر فلا حجة لها وان أبى فارق ولا شئ عليه وروى ابن المواز عن ابن القاسم فيما حكم فيه الأجنبى ان رضيا بحكمه والا فرق بينهما بمنزلة اذا لم يفرض الزوج مهر المثل فى نكاح التفويض اليه وجه قول ابن حبيب ان التحكيم لا يقتضى الرجوع الى قول الحكم ولذلك اذا حكم الزوج بأقل من مهر المثل لم يلزم ذلك الزوجة وانما يقتضى التحكيم لزوم مهر المثل والتسامح فى احدى الجهتين فاذا كان ذلك كذلك وجب أن يستوى فيه تحكيم الزوج والزوجة والأجنبى والولى والله أعلم ووجه الرواية الثانية ما يأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) فان عقد النكاح على حكم الزوجة وقلنا بجوازه فقد قال القاضى أبو محمد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال ان بذل لها مهر المثل لزمها كالتفويض وهو قول ابن عبد الحكم وأصبغ وأحد قولى ابن القاسم ومنهم من قال لا يلزمها الرضا بصداق المثل وهو قول أشهب وأحد قولى ابن القاسم وقد رواه ابن المواز عنهما وجه القول الأول ما تقدم ووجه القول الثانى ان التحكيم توجه الى جهة فلا يلزم الرضا بغيرها كما لو علق بحكم فلان (مسئلة) ومن تزوج على التفويض فطلق ابتداء لم يلزمه شئ من المهر ولا غيره الا أنه مندوب الى المتعة والأصل فى ذلك قوله تعالى ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن (مسئلة) وان فرض لها بعد العقد مهر المثل واتفقا عليه ثم طلقها قبل البناء فلها نصف ذلك وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة وأبو يوسف فى أحد قوليه لا شئ عليه من ذلك والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهذا عام فنحمله على عمومه ودليلنا من جهة القياس ان هذا فرض يجب بالبناء فيلزم أن يجب نصفه بالطلاق قبل البناء كالفرض فى نفس العقد (مسئلة) ومن تزوج على تفويض ثم مات أحد الزوجين قبل التسمية والمسيس فالتوارث بينهما ثابت ولا مهر للمرأة رواه ابن عبد الحكم وغيره عن مالك قال الشيخ أبو بكر انما قلت ان بينهما التوارث لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم وقوله

جل وعز ولهن الربع مما تركتم وأما الصداق فلا صداق لها وبه قال علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ومن التابعين سليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وجماعة سواهم وهو أحد قولي الشافعي وقال أبو حنيفة لها الصداق وهو قول ثان للشافعي والدليل على ما نقوله ان ما لا يجب لها بالطلاق شيء منه فانه لا يجب لها بالموت جميعه أصل ذلك ما زاد على المسمى وعكسه المسمى لما وجب لها بالطلاق نصفه وجب لها بالموت جميعه وأما تسمية المهر في المرض فلا يصح ولا شيء لها منه لانها وصية لوارث قاله مالك وقال فان دخل بها في مرضه فلها صداق مثلها ولو مات أحدهما بعد تسمية المهر في صحته لكان ذلك للزوجة لان ذلك مما قلنا انه يجب نصفه بالطلاق على ما تقدم

(الباب الثالث في حكم نكاح التفويض بعد المسيس)

وأما انه اذا دخل بها بعد ان سمى لها مهر المثل أو ما اتفقا عليه فان لها ذلك كله بالمسيس وان دخل بها قبل التسمية وجب لها بالمسيس مهر المثل رواه ابن عبد الحكم عن مالك وقال ابن حبيب انه المجمع عليه وان طلقها بعد المسيس لم يسقط عنه شيء من مهر المثل ووجه ذلك انه قد استوفى ما عقد عليه من البضع من غير تسمية لعوض فوجب أن تلزمه قيمته وذلك مهر المثل

(الباب الرابع فيما يعتبر في مهر المثل)

أما ما يعتبر في مهر المثل فانه أربع صفات الدين والجمال والمال والحسب ومن شرط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد فمن ساواها في هذه الصفات ردت اليها في مهر المثل وان لم تكن من أقاربها وقال الشافعي يعتبر منها عصبتها فقط وهن أخواتها وبنات أعمامها وكل من يرجع بالانتساب بينهما الى التعصيب وحكى الطحاوي عن أبي حنيفة انه يعتبر منها قومها اللواتي معها في عشيرتها فدخل فيها سائر العصبات والأمهات والخالات دون الأجانب وقد قال ابن أبي ليلى يعتبر بذوات الأرحام والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم ينكح النساء لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك فوجه الدين من الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أخبر ان المقصود من النساء في النكاح هذه الصفات فوجب أن يزيد المهر وينقص بحسب هذه المعاني المقصودة ولا يقصر ذلك على الحسب دون غيره ووجه آخر وهو انه صلى الله عليه وسلم حض على ذات الدين فوجب أن يكون الاعتبار بهذه الصفات أولى ودليلنا من جهة القياس ان هذه زوجة فوجب أن يعتبر في مهر مثلها من كان على مثل حالها وان لم تكن من قومها كالتي لا عشيرة لها

(فصل) وقوله فمات ولم يسم لها صداقا فابتغت أمها صداقها فقال عبد الله بن عمر ليس لها صداق ولو كان لها صداق لم نمسكه ولم نظلمها يريد بما قدمناه من ان موت أحد الزوجين قبل فرض الصداق في نكاح التفويض لا يوجب مهرا ولو أوجب مهرا لم يمسكه عبد الله على علمه ودينه وفضله ولم يرض بظلم أحد فكيف بظلم ابنة أخيه

(فصل) وقوله فابت ان تقبل ذلك يحتمل ان تكون علمت بالاختلاف في ذلك بين أهل العلم فلذلك لم تقبل قوله فحكما بينهما زيد بن ثابت لتقدمه في العلم والدين والفضل ولعله في ذلك الوقت كان الذي يرجع الى قوله في الفتوى ويؤخذ بفتواه عند اختلاف العلماء فقضى بان لها الميراث دون الصداق وقد روي عن عبد الله بن مسعود انه قال لها مهر مثلها وروى الثوري عن منصور عن ابراهيم عن علقمة أتى عبد الله بن مسعود يسئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها ولم يمسها حتى

مات فردهم ثم قال أقول فيها برأيي فان يكن صوابا فمن الله وان يكن خطأ فمني أرى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال أشهد لقد قضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق امرأة من بني رواس وقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه أخبر بقول عبد الله بن مسعود فقال لا تصدق الاعراب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنى ذلك أن هذا الرجل غير معروف قيل فيه معقل بن سنان وقيل معقل بن يسار واضطرب في اسناد الحديث فقيل عن علقمة وقيل عن مسروق ولو صح لجاز أن يريد بحكم النبي صلى الله عليه وسلم في الميراث والعدة والله أعلم ص ﴿مالك انه بلغه ان عمر بن عبد العزيز كتب في خلافته الى بعض عماله ان كل ما اشترط المنكح من كان أبا أو غيره من حباء أو كرامة فهو للمرأة ان ابتغته * قال مالك في المرأة ينكحها أبوها ويشترط في صداقها الحباء يحبى به انه ما كان من شرط يقع به النكاح فهو لابنته اذا ابتغته وان فارقها زوجها قبل أن يدخل بها فلزوجها شطر الحباء الذي وقع به النكاح﴾ ش قوله ان كل ما اشترط المنكح من كان أبا أو غيره من حباء أو كرامة فهو للمرأة ان ابتغته يقتضي ان ما اشترط في عقد النكاح من عطاء يشترطه الولي لنفسه أو لغيره فان ذلك كله للزوجة ووجهه انه عقد معاوضة فوجب أن يكون جميع عوضه لمن عوضه من جهته كالبيع والاجارة ولا يلزم على هذا أجرة السمسار لان ذلك ليس للنائب عن البائع على المبتاع وانما هي للنائب على من ناب عنه من مبتاع أو بائع ولو وكل البائع من يبيع ثوبه فاشترط الوكيل على المبتاع ثمنا لكان للبائع وان اشترطه لنفسه لانه من ثمن سلعته وقد قال مالك في المدنية ان الزوج جعل للرجل جعلا على أن ينكحه لعقدة النكاح فانما هو جعل جعله على أن يقوم له في ذلك فهذا سنة جعل السمسار على من استنابه (مسئلة) وما كان من ذلك بعد عقد النكاح فهو لمن اشترطه دون المرأة ولا شيء للزوج منه ان طلق قبل المسيس قاله مالك في المدنية زاد محمد بن عبد الحكم قائما كان الحباء أو فائتا ووجه ذلك انه معنى تبرع به الزوج بعد تمام العقد وتقدير العوض فكان ذلك هبة مبتدأة لمن وهبه اياها دون الزوجة (فرع) فان فسخ النكاح بأمر غالب فروى ابن حبيب عن مالك الزوج يرجع بما وجد من ذلك قائما لم يفت ووجه ذلك انها هبة لاجل النكاح فان فسخ قبل النكاح ردت هبته كالبيع

(فصل) وقوله وان فارقها زوجها قبل البناء فلزوجها شطر الحباء الذي وقع به النكاح يريد ان لها شطر الحباء الذي وقع به النكاح من نصف الصداق ووجه ذلك انه من جملة العوض الذي انعقد عليه النكاح وثبت بالنكاح للزوجة فكان للزوج نصفه ان طلق قبل البناء كالمهر ص ﴿قال مالك في الرجل يزوج ابنه صغيرا لا مال له ان الصداق على أبيه اذا كان الغلام يوم تزوج لا مال له وان كان للغلام مال فالصداق في مال الغلام الا ان يسمي الأب ان الصداق عليه وذلك النكاح ثابت على الابن اذا كان صغيرا وكان في ولاية أبيه﴾ ش وهذا كما قال ان الرجل اذا زوج ابنه الصغير الذي لا مال له فانه لا يخلو أن يكون نكاح تسمية صداق أو نكاح تفويض فان كان نكاح تسمية فلا يخلو أن يكون الأب صرح بان الصداق عليه أو على الابن أو سكت فان صرح بان الصداق على الأب فهو عليه على حسب ما التزمه وكذلك لو سكت قاله القاضي أبو محمد ورواه محمد عن مالك ووجه ذلك ان اطلاق العقد يقتضي تعلق العوض بذمة العاقد دون ذمة المعقود له كابتياعه له نفقة أو كسوة (فرع) وهذا اذا كان الأب موسرا فان كان الأب والابن عديمين فقد روى محمد عن أصبغ لا شيء من ذلك على

* وحدثني عن مالك أنه بلغه ان عمر بن عبد العزيز كتب في خلافته الى بعض عماله ان كل ما اشترط المنكح من كان أبا أو غيره من حباء أو كرامة فهو للمرأة ان ابتغته * قال مالك في المرأة ينكحها أبوها ويشترط في صداقها الحباء يحبى به انما كان من شرط يقع به النكاح فهو لابنته ان ابتغته وان فارقها زوجها قبل أن يدخل بها فلزوجها شطر الحباء الذي وقع به النكاح * قال مالك في الرجل يزوج ابنه صغيرا لا مال له ان الصداق على أبيه اذا كان الغلام يوم تزوج لا مال له وان كان للغلام مال فالصداق في مال الغلام الا أن يسمي الأب أن الصداق عليه وذلك النكاح ثابت على الابن اذا كان صغيرا وكان في ولاية أبيه

الأب والذي يقتضيه عندي المذهب ان ذلك على الأب مع الابهام لانه هو المتولي للعقد عليه والانفاق عنه فيجب أن يكون مايعقد عليه به بذمته مع الابهام (مسئلة) فان صرح الأب بان الصداق على الابن فقد روى محمد عن ابن القاسم انه على الأب دونه قال وقال أصبغ ان كتبه على الابن برضا الزوجين له أن يكون هكذا على الابن مجردا فهو على الابن كما لو اشترى سلعة قال وانما يلزم الأب اذا زوجه منها والابن عديم وقال محمد قول ابن القاسم أحب الى انه على الأب وان كتبه على الابن حتى يوضح ذلك بان يقول ولست منه في شئ لكنه لكم على ابني ولا فرق بين هذا الذي قاله ابن المواز وبين ماأنكره عن أصبغ في موضع لم يتعرض له أصبغ وانما يظهر من فحوى كلامه وهو اذا قال الأب ان الصداق على ابني وسكت عنه في ذلك فههنا يمكن أن يخالف أصبغ قول محمد لقوله وانما يكون على الأب اذا زوجه مبهما * وأما المسئلة التي نص عليها أصبغ من قوله اذا رضي المزوجون يكون المهر على الابن فالنكاح ماض (فرع) فاذا قلنا انه على الاب فطلقها الابن موسرا فان نصف الصداق على الاب وان كان معسرا فلا شئ منه على الابن قاله ابن القاسم في المدنية (فرع) واذا قلنا انه على الابن فقد قال ابن المواز يكون الابن بالخيار اذا بلغ فان دخل لم يكن عليه الاصداق المثل قال عيسى عليه الصداق المسمى

(فصل) وقوله فان كان للغلام مال فالصداق في مال الغلام إلا أن يسمي الاب ان الصداق عليه وهذا كما قال ان الصبي اذا كان له مال فأبهم الاب على المهر فان المهر في مال الصبي قال القاضي أبو محمد لأن من حق عقود المعاوضات أن يكون العوض على من ملك المعوض منه كما لو اشترى له ثوبا أو عقارا (مسئلة) فان شرط الاب ذلك على نفسه قال محمد عن أشهب عن مالك يلزمه ذلك في العاجل والآجل وان كان الاب عديما ووجه ذلك أنه ألزم نفسه مالا انعقد بسببه عقد فلزمه أداؤه كما لو قال لزيد بع هذا الثوب من عمرو وثمنه علي فان هذا يلزمه في يسره وعدمه (فرع) ولو كبر الابن وأراد الدخول بأهله والأب معسر أخرج الابن الصداق من ماله ثم يتبع به أباه دينا عليه قاله مالك في المدنية (مسئلة) ولو كان الابن الصغير مليأ ببعض المهر فلم أر فيه نصا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندي أنه يكون في مقدار ماله من المهر بمنزلة الغني وما زاد على ذلك مما لا وفاء به لمال الابن لحكم الابن فيه حكم من لا مال له والله أعلم (مسئلة) وأما في نكاح التفويض فان زوجه الأب صغيرا لا مال له فلم يفرض لها مهرا حتى يبلغ الغلام فالصداق على الاب فان مات الأب فالصداق في ماله قاله عيسى ووجه ذلك أن وقت تعيين محل الصداق هو وقت العقد لأنه لا بد أن يكون للصداق محل يوم العقد ولا ينتقل عنه لعسر ولا ليسر كنكاح التسمية

(فصل) وقوله وذلك النكاح ثابت على الابن اذا كان صغيرا وكان في ولاية أبيه ومعنى ذلك أن النكاح لازم له لأن عقد الأب نكاح ابنه الصغير جائز وبه قال أبو حنيفة وعروة والزهري وطاوس وقال الشافعي ان كان الابن سليما جاز للاب أن يزوجه وان كان الابن الصغير مجنونا لم يجز لأب ولا غيره أن يزوجه والدليل على جواز ذلك أن هذا صغير فجاز أن يجبره الأب على النكاح كالصحيح ودليل ثان ان كل عقد جاز للاب أن يعقده على الصغير السليم جاز أن يعقده على الصغير المجنون كالبيع (فرع) ويجوز لغير الاب من الأولياء أن يزوج الصغير اليتيم قاله القاضي أبو الحسن ويريد به الوصي أو الحاكم وقد قاله القاضي أبو محمد في معونته مفسرا وقال ابن حبيب لا يجوز لأحد من الأولياء تزويج الصغير قبل بلوغه لا لأخ ولا لجد ولا لعم ولا لأحد الا الوصي أو السلطان أو خليفته الذي

بوليه ماله قال والفرق بينه و بين اليتيمة التي لا يزوجها قبل البلوغ الا الأب ان اليتيم ان كره هذا النكاح استطاع التخلص منه بالطلاق واليتيمة لا تقدر على ذلك بعد البلوغ فلم تجبر عليه وقال الشافعي لا يجوز ذلك لغير الأب والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة فجاز للولي أن يعقده على اليتيم اذا رآه حظا كالبيع والشراء (فرع) اذا ثبت ذلك فلا خيار للصبي اذا بلغ و به قال الشافعي وقال أبو حنيفة له الخيار اذا بلغ و به قال عمر بن عبد العزيز وطاوس وعطاء وابن شبرمة والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة عقده الولي على الصبي فلم يثبت له الخيار ابتداء عند بلوغه كالبيع (مسئلة) وهذا كله اذا كان الأب صحيحا فان كان مريضا وضمن صداق الابن ففي الموازية عن مالك يجوز النكاح و يبطل الضمان قال الشيخ أبو محمد يريد اذا مات الأب قال محمد كان للابن مال أو لم يكن وجه ذلك أن ما تحمله من الصداق عن الابن وصية لوارث فلا يلزم الا باجازة الورثة (فرع) اذا ثبت ذلك فان بلغ الابن في مرض الأب فأراد الدخول بها أو أراد الدخول بعد موت أبيه كان لها الامتناع حتى يدفع المهر وان أرادت أن تتبع الزوج به فللوصي ان رأى غبطة أمضاه بأداء المهر من مال الصبي والا فسخه قاله في الموازية ووجه ذلك أن ما عقده الأب على الابن قد منع منه فليس للزوجة أن تنقله الى غيره الا باذن الوصي (فرع) ولو بلغ الصبي في مرض الاب فدخل بزوجته فقد قال مالك ترد المرأة ما أخذت من مال الأب وتتبع به الزوج قال محمد فان لم يكن بيدها من ذلك قدر ربع دينار منع منها حتى يدفع اليها ربع دينار ووجه ذلك أنها قد أسلمت نفسها اليه فلم يكن لها الامتناع منه الا بحق الشرع والله أعلم (مسئلة) ولو زوج ابنته في مرضه وأصدقها عن الزوج ففي الموازية النكاح صحيح غير مختلف فيه واختلف في المهر فقال ابن القاسم وأشهب هو عطية لابنته ولا يكون في ماله وقال مالك وابن وهب وعبد الملك هو عطية للزوج نافذة من ثلثه الا أن يكون أكثر من صداق مثلها فترد الزيادة و بهذا أخذ ابن المواز وابن حبيب ورواه أبو زيد في العتبية عن ابن القاسم وجه القول الاول أن العطية انما توجهت الى ابنته في حال لا يجوز له ذلك ولو ملك العطية زوجها على وجه يفعل بها ما يشاء و يصرفها الى ما يشاء لجاز ذلك ووجه القول الثاني أن النكاح صحيح وذلك يقتضي أن الهبة توجهت الى الزوج ولو كانت الهبة لابنته لعرا النكاح عن عوض ولأوجب ذلك فساده والله أعلم (فرع) فاذا قلنا بالقول الاول فقد قال ابن القاسم وأشهب في العتبية يقال لابن الأخ ان أديت الصداق من مالك تم النكاح وان أبيت بطل النكاح قال ابن وهب في العتبية ولا شئ للزوج في مال الميت وهذا عندي يجب أن يكون حكم الزيادة على مهر مثلها على قول مالك الا أن تشاء الزوجة امضاء النكاح وترد الزيادة ان كانت تملك أمرها (فرع) فان أبى الزوج دفع المهر من ماله فارق ولا شئ عليه قاله ابن القاسم وأشهب وقال ابن وهب في العتبية ان أبى الزوج فلا شئ في مال الأب الميت قيل له فهذا يدل على انها وصية للميت قال انما هي وصية للزوج على شئ ان فعله تم له وان لم يفعله لم يتم له (فرع) وان طلق قبل البناء وقبل موت الأب ففي العتبية من قول ابن القاسم لها نصف المهر من ثلثه ولا شئ للزوج في النصف الباقي وهذا رجوع من ابن القاسم الى قول مالك وفي الموازية قال أشهب من أقر في مرضه انه قبض صداق ابنته ولم يدخل بها زوجها ثم مات الأب فانه يؤخذ ذلك من ماله قال محمد فقد ترك قوله الأول انها عطية للبنت قال عبد الملك وقد قال ابن دينار وغيره من أصحابنا لا شئ لها من تركة الأب لانه اعطاها على انه ان دخل بها الزوج تم لها وان طلقت أخذت بمعنى الوصية في تركة أبيها لانه عطية فيما لزم الزوج من

نكاحه فلم تجب عليه فيه عطية فليس بمقبوض وما وجب عليه فهو كالمقبوض (فرع) فاذا قلنا ان الصداق فى مال الأب ان كان له مال فقد قال أشهب فى الموازية لاسبيل للزوج اليها الآن يؤدى الصداق ويتبع به الميت (مسئلة) قد تقدم حكم المحجور عليه لصغر من الذكور وحكم البنات وأما المحجور عليه لسفه فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه ان الأب يجبره على النكاح وكذلك وصى الأب والسلطان وخليفة السلطان وقال عبد الملك لا يزوجه من يلى عليه الا برضاه وجه القول الأول انه محجور عليه فى ماله ونكاحه فكان لمن له الحجر عليه جبره على النكاح كالصغير والعبد ووجه قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم ان من ملك الطلاق من الأحرار لم يجبر على النكاح كالرشيد (فرق) والفرق بين السفيه يجبره وليه على النكاح ولا يجبر السفيهة ان السفيه والصغير يملك ازالة ذلك عند رشده والمرأة بخلاف ذلك (مسئلة) فان تزوج السفيه بغير اذن الولى فنكاحه موقوف على الفسخ ان رأى وجه رشد أمضاه وان رأى غبنا رده كالعبد يتزوج بغير اذن سيده فان أجازه الولى على ما عقد لزمه ذلك وان رده قبل البناء فلا شئ عليه من مهر ولا غيره وكانت طلقة واحدة وان رده بعد البناء فقد قال عبد الملك ترد الزوجة ما قبضت أو قبض ولا يترك لها شيأ وقال مالك وأكثر أصحابه يترك لها قال ابن حبيب القياس ما قال ابن الماجشون وقول مالك استحسان وجه قول ابن الماجشون ان ما سلم الى السفيه على وجه المعاوضة بطل جميع عوضه كالبيع ووجه قول مالك ان البضع لا يحل بذله بغير عوض فيلزم المحجور فيستوفيه على وجه مباح أقل ما يكون عوضا له لانه بذلك يتميز من السفاح وما زاد على ذلك فلا تأثير له فى الاباحة فيرد عليه ويخالف هذا البيع لانه يصح بذلك بغير عوض ووجه آخر وهو ان السفيه اذا انتفع بما اشترى بغير اذن وليه لزمه قيمته فكذلك يلزمه ما يستباح به البضع اذا استوفاه (فرع) فاذا قلنا بقول مالك ففى الموازية وغيرها عن مالك يترك لها ربع دينار وقال مالك فى الواضحة وغيرها يترك لها قدر ما يستحل به مثلها ولم يحد وروى ابن حبيب عن ابن القاسم يترك للدنية ربع دينار ولذات القدر أكثر من ذلك وقال أصبغ بحسب ما يراه مما لا يرى يبلغ صداق مثلها ولا تذهب بغير صداق وفى المدنية عن ابن القاسم يترك لها ثلاثة دنانير أو أربعة أو نحو ذلك وقال ابن نافع يترك لها من المائة دينار عشرة دنانير وجه قول مالك ما قدمناه من ان الربع دينار أقل ما يستباح به البضع وكذلك قوله فى الواضحة يترك لها قدر ما يستحل به مثلها يقتضى ان ذلك قيمة بضعها لمن لا يستديم النكاح وأما سائر الاقوال فاستحسان وبها كانت مقتضى الفتوى فى مسئلة سئل عنها فأجاب بذلك والله أعلم (مسئلة) فان لم يعلم بنكاحه حتى مات أحدهما نظر فان كان هو الذى مات فقد قال ابن القاسم فى الموازية ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وعبد العزيز بن أبى حازم لا ميراث بينهما قال ابن حبيب ولا صداق وروى أصبغ عن ابن القاسم يتوارثان ويمضى الصداق لها من ماله لان النظر قد فات بموته وروى ابن المواز عن أصبغ ترثه وينظر الولى فان رآه مما كان يجيزه فلها الصداق مع الميراث وان رآه مما لم يكن يجيزه فلها الميراث دون الصداق ان كان لم يبن بها وان كان بنى بها فلها ربع دينار وجه القول الأول انه عقد نكاح عقده محجور عليه بغير اذن وليه فكان للولى النظر فيه بالرد أو الاجازة أصله حال الحياة ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من ان النظر قد فات بموته ومعنى ذلك ان النظر فى ماله انما هو لحقه بوقت يختص بحال حياته وأما بعد موته فليس بوقت نظر له ولذلك جازت وصيته ولم تجز هبته حال حياته

دينار وذلك أدنى ما يجب به القطع ﴾ ش وهذا كما قال لانه لا يجوز أن تنكح امرأة بأقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو عرض قيمته ذلك وهو المقدار الذى يجب فيه القطع فى السرقة ولا خلاف ان أكثر المهر لا يتقدر ذكره القاضى أبو محمد وقال الشيخ أبو اسحق لا أحب الاغراق فى كثير من المهر قال القاضى أبو محمد وأما أقل المهر فانه يتقدر وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى لا يتقدر ويجوز عقده بالحبة والحبتين والشئ الطفيف والدليل على ما نقوله ان هذا سبب لاستباحة العضو بمال فيجب أن يكون مقدرا كالسرقة ودليل ثان ان ما قصر عن ربع دينار لا يصح أن يكون مهرا أصل ذلك ما لا يصح أن يكون ثمنا كقشرة البيضة وفلقة الحبة * واستدلال فى المسئلة وهو ان المقادير تؤثر فى العقود ما لا تؤثر الصفات ولذلك قلنا ان الزيادة فى المقدار تمنع بذل ما يجرى فيه الربا من العين وغيره بعضه ببعض ولا يمنع ذلك الزيادة فى الصفات ثم ثبت وتقرر ان النقص فى الصفات مؤثر فى صحة المهر فلا يجوز بالقرون والجرار المكسورة لنقصان صفاتها فبأن يؤثر نقص المقدار فى ذلك أولى وأحرى (فرع) اذا ثبت ان أقل المهر يتقدر فان أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم وأجاز ابن وهب من رواية ابن حبيب النكاح بدرهم وروى عن ربيعة جوازه بنصف درهم وقال ابن شبرمة أقل ذلك خمسة دراهم وقال أبو حنيفة أقل المهر عشرة دراهم أو دينار وقال النخعى أربعون درهما وقال ابن جبير خمسون درهما ودليلنا ان هذه المسئلة مبنية عندنا على ان يد السارق تقطع بربع دينار فان لم يسلم لنا ذلك نقلنا الكلام الى القطع فى السرقة وان سلم لنا قسناعليه بأنه عضو مستباح بمال فوجب أن يتقدر بما أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم (فرع) اذا ثبت ذلك فمن تزوج بأقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم فانه يخير قبل البناء بين اتمام الثلاثة دراهم أو الفسخ قال ذلك جماعة من أصحابنا قال سحنون وقد قال بعض الرواة يفسخ وان أتم ثلاثة دراهم فاذا قلنا بالرواية الأولى فان أتم المهر فهو على نكاحه وان أبى من ذلك فسخ النكاح بينهما بتطليقة وكان لها نصف الدرهمين قاله ابن المواز وجماعة من أصحابنا وقال الشيخ أبو اسحق لا شئ لها وجه قولنا لها نصف الدرهمين انه صداق اختلف أصحابنا فى صحته فلذلك حكم لها بنصفه ووجه القول الثانى وعليه جماعة من المتأخرين ان هذا مهر فسخ النكاح لعدم صحته فاذا فسخ قبل الدخول لم يجب نصفه أصل ذلك اذا كان الفساد فى جنسه (مسئلة) وان بنى بها لزم النكاح قال ابن الماجشون ويلزمه مهر المثل وقال ابن القاسم وأشهب ويتم لها ثلاثة دراهم وجه قول ابن الماجشون ان الفساد فى المهر فاذا فات فسخ النكاح بالبناء لزم الزوج مهر المثل ووجه قول ابن القاسم ان جنس المهر صحيح وانما دخل الفساد فى مقداره فوجب تصحيحه فى المقدار لا فى الجنس وقد رضيت بما دون الربع دينار من ذلك الجنس فاذا بلغت ربع دينار فلا زيادة لها عليه ألا ترى انها لو تزوجت بدينار نقدا ودينار مؤجل الى موت أو فراق وكان مهر مثلها ألف دينار ففات المهر بالبناء انها لا تزاد عند ابن القاسم على الدينارين (فرع) اذا ثبت ذلك فان الفساد يدخل فى المهر من جهتين احداهما من جهة العدد وقد تقدم ذكره والثانية من جهة الجنس وفى ذلك بابان * الباب الأول فيما يتعلق بالمهر من الفساد من جهة الجنس * والباب الثانى فى حكم النكاح المنعقد على ذلك

(الباب الأول فيما يتعلق بالمهر من الفساد من جهة الجنس)

المهر على ضربين منافع وأعيان وقد تقدم الكلام فى حكم المنافع والكلام ههنا فى حكم الأعيان وذلك ان الأعيان على ضربين ضرب يجوز تملكه كالدنانير والدراهم والحيوان

دينار وذلك أدنى ما يجب به القطع.

والعروض وضرب لا يجوز تملكه كالخمر والخنزير والأحرار من بني آدم فأما ما يجوز تملكه فانه على قسمين معين وغير معين فأما المعين فانه يجوز عقد النكاح به ما لم يمنع من ذلك عذر غالب وذلك على وجهين حاضر وغائب فأما الحاضر فيجوز النكاح به كالنكاح بالدنانير والدراهم والعقار والحيوان والعروض والمكيل والموزون من الطعام وغيره جزافا أو غير جزاف لانه عقد معاوضة وأما ما يكون فيه عذر غالب كالثمرة التي لم يبد صلاحها على التبقية أو الجنين في بطن أمه فان القاضي أبا محمد قال لا خلاف في منع العقد به لانه غرر ولا يجوز عقد النكاح بمعين لا يملكه الناكح كدار زيد وعبد عمرو رواه ابن المواز عن القاسم (مسئلة) فان كانت الأعيان غائبة كالعبد الغائب على مسيرة شهر فقد روى محمد عن ابن القاسم لا بأس به الا أن يكون بعيدا جدا كخراسان والأندلس فأكرهه لانقطاع خبره وقال ابن حبيب عن مالك مثل افريقية من المدينة فلا خير فيه فان كان قريب الغيبة مما لا يجوز النقد فيه كاليومين والثلاثة جاز دخول الناكح قبل قبضه وان كان بعيد الغيبة لم يجز ذلك فان قدم ربع دينار وان سماه مع العبد رواه محمد عن ابن القاسم وقال ابن حبيب ان كانت غيبته على مثل الشهر والعشرة أيام جاز للناكح البناء قبل القبض بخلاف البيع ويستحب له أن يعجل ربع دينار ولا يكون العبد المعين الغائب والارض الغائبة الا موصوفة قربت الغيبة أو بعدت ولو كان في المنزل رواه ابن المواز لانه اذا عدمت الرؤية والصفة كان مجهولا

(فصل) وأما ما لا يجوز تملكه فعلى ثلاثة أضرب ضرب لا يستدام ملكه وضرب لا يملك جملة وضرب ثالث يمنع من تملكه حق الغير فأما ما لا يستدام تملكه فمثل أن يصدقها أباها او من يعتق عليها من ابن أو أخ فقد روى في المختصر ابن عبد الحكم عن مالك أن ذلك جائز لانها تملكه بالعقد وكل ما جاز أن يكون عوضا في البيع فانه يكون عوضا في النكاح قال ابن عبد الحكم عن مالك ويعتق عليها قال الشيخ أبو بكر سواء كانت موسرة أو معسرة لانه لما أصدقها من يعتق عليها فقد أذن لها في ذلك قال ابن حبيب عن أشهب وأصبغ وكذلك لو أمهرها عبدا يكون لغيرها الا صداق لها غير ذلك فانه جائز كما يجوز في البيع ولو تزوجها على أن يعتق أباها أو أحدا ممن يعتق عليها وهو في ملكه فقد قال ابن الماجشون النكاح مفسوخ لانها لا تملك منه شيأ (مسئلة) فان تزوجها بما لا يصح أن تملكه كالخمر والخنزير والحر فقد قال القاضي أبو محمد العقد غير صحيح وقال أبو حنيفة والشافعي العقد صحيح والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم من احدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد ومن جهة القياس ان هذا معنى لا يصح أن يكون مهرا لحق الله فوجب أن يكون المهر فاسدا كالبضع في نكاح الشغار واذا تزوجها بحر فقد روى العتبي عن أصبغ يفسخ النكاح اذا عرفا حريته وان جهل ذلك أحدهما لم يفسخ وروى عن سحنون ما ظاهره انه يفسخ وان لم تعلم ذلك المرأة (مسئلة) وأما ما يصلح أن تملكه ويمنع منه حق الغير كالدار المغصوبة فان كان مماله فيه شبهة كالابن الصغير في ولايته فان ابن حبيب قال لم يختلف أصحابنا اذا كان الأب موسرا يوم الامهار فذلك جائز للزوجة ووجه ذلك ما رواه ابن المواز عن مالك انه قال وذلك مثل ما لو اشتراه لنفسه منه قال مالك سواء بنى بها أو لم يبن قرب ذلك أو بعد علمت به المرأة أو لم تعلم عرضا كان أو رقيقا أو غيره ويتبع الابن الأب بقيمة ماله فيما حكمنا بقيمته أو بمثله فيما له مثل فان كان الاب معسرا فروى ابن المواز عن مالك هو للمرأة ورواه ابن حبيب عن ابن القاسم وأصبغ وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا شيء فيه للمرأة وجه القول الأول انه عاوض بمال ابنه الذي يليه فيه فوجب أن يجوز عليه في عدم الأب وغناه كما لو باعه

ووجه قول ابن الماجشون انه أراد استهلاك مال ابنه ولا مال له فوجب أن يمنع منه كالو وهبه لاجنبي (فرع) فاذا قلنا انه للابن فقد قال ابن الماجشون انه له وان بنى أبوه بالمرأة وقال مطرف انما ذلك له مالم يبن بها فان بنى بها فهو للمرأة وجه قول ابن الماجشون انه أخذ مال ابنه بغير عوض يصير اليه فلم يكن ذلك لمن صيره الله كالو وهبه لاجنبي ووجه قول مطرف ان المعاوضة فيه قد تمت لاستيفائه البضع بخلاف الهبة قال ابن حبيب وهذا مالم يتقدم الامام الى الأب في أن لا يتزوج بمال ابنه فان تقدم اليه في ذلك لم يجز منه لشيء والابن أحق به من المرأة في عدم الأب بنى أو لم يبن وهذا مما لا يختلف فيه ووجه ذلك ان تقدم الامام حكم يمنع منه وبالله التوفيق قال محمد عن ابن القاسم وان كان الولد ممن لا ولاية له عليه كالكبير أو ولد الولد فانه ينتزع من المرأة ان وجد فان لم يوجد فلا شيء لهم عليها الا أن يكون ثوبا لبسته أو طعاما أكلته قال عيسى عن ابن القاسم سواء علمت أو لم تعلم ووجه ذلك انه بمنزلة من ابتاع من غاصب فلا ضمان عليه الا أن يكون استهلك ما ابتاع (مسئلة) وان لم يكن فيه شبهة ملك مثل أن يكون عبدا سرقه أو غصبه فقد روى العتبي عن سحنون ان النكاح ثابت ان لم تعلم بذلك الزوجة وان علمت بذلك فسخ قبل البناء وثبت بعده

(فصل) فأما الاعيان التي ليست بمعينة وانما تثبت في الذمة فان كانت مما يجوز أن يكون عوضا في البيع منه يجوز أن يكون عوضا في النكاح وقد يختلفان في معنى الحلول والتأجيل فيجوز أن يتزوج بعبد في ذمته غير موصوف وعليه الوسط من ذلك وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز الا أن يكون موصوفا والدليل على ما نقوله قوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ودليلنا من جهة المعنى اتفاقهم على جواز النكاح بمهر المثل وفيه من الغرر أكثر لما جوزناه مع اسناده الى المعروف من عبيد ذلك البلد القيمة الوسطى يوم العقد رواه ابن المواز عن ابن القاسم ويكون له مع عدم الجنس غالب رقيق البلد من السودان أو الحمران فان استووا فلها نصفهم من الحمران ونصفهم من السودان قاله سحنون في العتبية وعليه الاناث ان لم يذكر ذكورا ولا اناثا قال مالك في العتبية عليه الاناث لانه عرف الناس وان تجهزها بجهاز بيت جاز ذلك ولها الوسط من جهاز مثلها من أهل الحاضرة ان كانت حضرية أو من أهل البادية ان كانت بدوية رواه ابن القاسم عن مالك

(الباب الثاني في حكم النكاح المنعقد على ذلك)

اذا وقع الفساد في النكاح لفساد المهر فقد قال القاضي أبو محمد لا خلاف في منعه ابتداء فان وقع ففيه روايتان احداهما انه يفسخ العقد قبل البناء وبعده والاخرى يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويجب صداق المثل خلافا لابي حنيفة والشافعي في قولهما ان النكاح صحيح ولا يفسد بفساد المهر ويجب فيه مهر المثل فاذا قلنا ان العقد فاسد فوجهه قوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم فعلق الاحلال بشرط أن نبتغي بأموالنا والخمر والخنزير ليس بمال لنا وهذا عندي على القول بدليل الخطاب ومن جهة المعنى ان هذا عقد معاوضة فوجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع ووجه آخر انه أحد العوضين في النكاح فوجب أن يفسد النكاح بتحريمه كتحريم البضع ووجه التصحيح ان عقد النكاح مقصوده المكارمة والمواصلة فلذلك يفسد بفساد الثمن ولذلك جاز عقد النكاح من غير تسمية المهر ولا يجوز ذلك في البيع (فرع) هذا الذي ذكره القاضي أبو محمد بلفظ الصحة والفساد ثم قال وقد اختلف أصحابنا في تأويل قول مالك يفسخ قبل

الدخول و يثبت بعده فنهم من حمله على الايجاب تغليظا وعقوبة ومنهم من حمله على الاستحباب احتياطا وخروجا من الخلاف فان وقع الدخول لم يفسد لان الصداق قد وجب فلا يوجد المعنى الذى لاجله فسخ قبل الدخول ومعنى قوله يفسخ قبل الدخول ردعا يريد انه يكون الرجوع بما يلزم من الطلقة فان تزوجها بعد ذلك رجعت اليه على طلقتين وقوله فى وجه الاستحباب انه اذا وقع الدخول وجب الصداق على وجه الصحة فلم يفسخ يطرد على قول من قال ان الفسخ قبل البناء واجب بفساد المهر فلما انتقل بالبناء الى مهر المثل صح وعرا النكاح عن فساد المهر * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى أن الفسخ واجب وهو ظاهر قول المتقدمين من أصحاب مالك وانما ذهب الى الاستحباب المتأخرون من أصحابنا حين ألزمهم المخالف ان العقد ان كان انعقد على الفساد فلا يخرج عن ذلك بالبناء وما قاله المتقدمون جار على قولهم فى البيع الفاسد لفساد العوض يفسخ قبل الفوات ولا يفسخ بعد الفوات وما قاله المخالف غير لازم وقد بينته فى كتاب السراج بما يغنى الناظر فيه ان شاء الله

﴿ ارخاء الستور ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قضى فى المرأة اذا تزوجها الرجل انه اذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق * مالك عن ابن شهاب أن زيد بن ثابت كان يقول اذا دخل الرجل بامرأته فأرخيت عليهما الستور فقد وجب الصداق ﴾ ش قوله رضى الله عنه اذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق يريد اذا خلا الرجل بامرأته وانفرد انفرادا بينا فقد وجب اكمال الصداق على الزوج وظاهر هذا اللفظ يقتضى أن بالخلوة يجب على الزوج اكمال الصداق وان لم يكن المسيس غير أن معناه عند مالك فيما روى محمد عن ابن وهب انه أريد بالحديث اذا أرخيت الستور الخلوة وأريد بقوله فقد وجب الصداق اذا ادعت المرأة المسيس بمعنى أن الخلوة شهادة لها جارية ان الرجل متى خلا بامرأته أول خلوة مع الحرص عليها والتشوف اليها فانه قلما يفارقها قبل الوصول اليها فهذا الذى أراد بقوله فقد وجب الصداق ولم يرد أن الصداق يجب بنفس الخلوة وان عرا من المسيس قال وقد أحكم كتاب الله هذا فى قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وقاله أصبغ وابن حبيب وبهذا قال من الصحابة ابن عباس وزاد القاضى أبو الحسن وابن مسعود وطاوس وبه قال الشافعى فى الجديد وهو قول ابن سيرين وقال أبو حنيفة يكمل الصداق بنفس الخلوة قال القاضى أبو الحسن وبه قال من الصحابة عمر وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل ومن التابعين الزهرى وعروة بن الزبير وعطاء بن أبى رباح وأما على قول عمر وزيد فقد بينا تأويل مالك لهما ويجوز أن يكون قول على يحتمل مثل ذلك من التأويل والله أعلم والدليل على ما ذهب اليه مالك ما احتج به من قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهذا قد طلق قبل المسيس ودليلنا من جهة القياس ان هذه خلوة عريت عن المتعة فلا يجب بها اكمال الصداق أصله اذا كان بمحضر الحكم أو كان الزوج محرما أو صائما ص ﴿ مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول اذا دخل الرجل بالمرأة فى بيتها صدق عليها فاذا دخلت عليه فى بيته صدقت عليه قال مالك أرى ذلك فى المسيس اذا دخل عليها فى بيتها فقالت قد مسنى وقال لم أمسها صدق عليها فان دخلت عليه فى بيته

﴿ ارخاء الستور ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر ابن الخطاب قضى فى المرأة اذا تزوجها الرجل انه اذا ارخيت الستور فقد وجب الصداق * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب أن زيد بن ثابت كان يقول اذا دخل الرجل بامرأته فارخيت عليهما الستور فقد وجب الصداق * وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن سعيد ابن المسيب كان يقول اذا دخل الرجل بالمرأة فى بيتها صدق عليها واذا دخلت عليه فى بيته صدقت عليه قال مالك أرى ذلك فى المسيس اذا دخل عليها فى بيتها فقالت قد مسنى وقال لم أمسها صدق عليها فان دخلت عليه فى بيته

فقال لم أمسها وقالت قد مسني صدقت عليه ﴾ ش قول سعيد بن المسيب رضي الله عنه هذا خلاف لما تأوله أصحابنا على عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذلك انهم حملوا قول عمر على أن بالخلوة حيث كانت يكون القول قول الزوجة في دعوى المسيس وان أنكره الزوج وحملوا قول سعيد ابن المسيب هذا على أن الخلوة على سبيل الالتذاذ بالزوجة والقبل دون البناء فقال ان كانت هذه الخلوة في منزل الزوجة فالقول قول الزوج في انكار المسيس وان كان في منزل الزوج فالقول قول الزوجة في دعوى المسيس لما قدمناه من انبساط الزوج وقلة هيبته في منزله وما جبل عليه الناس من الانقباض والهيبة والحياء في المنزل الذي يزور فيه فأما خلوة السفلاء فحيث كانت أوجبت تصديق الزوجة وقد قال مالك بكلا القولين وقد روى ابن وهب عن مالك انه قال حيث أخذ الغلق الزوجين في أهله أو في أهلها فالقول قول المرأة ان ادعت المسيس وبه أخذ ابن وهب (مسئلة) فان أقر بالخلوة أو قامت بها بينة فحكمه ما قلناه وان لم تكن بينة ولا اقرار فقد روى ابن حبيب عن أصبغ ان اليمين على الزوج في دعوى المسيس عليه ان أنكر الخلوة وادعت ذلك الزوجة قال وقد كان ابن القاسم يقول اذا ادعت المسيس في أهلها وقد عرف اختلافه اليها أو لم يعرف لزمه اليمين في الأمرين فان حلف برئ وان نكل غرم جميع الصداق ووجه ذلك أن الأصل في استصحاب حال الفعل عدم ما يشهد لها ويجعل قولها الأظهر فالقول قوله فان حلف برئ وهذه فائدة يمينه وان نكل فعليه الصداق ولم يذكر أن اليمين ترد على المرأة (فرع) وهذا اذا كانت ثيبا ودعا الزوج الى أن ينظر اليها ففي كتاب محمد عن مالك هي مصدقة ولا ينظر اليها وقد قال القاضي أبو محمد في التي تنكر الوطء والزوج يدعيه أن من أصحابنا من قال في البكر ينظر اليها ويحتمل أن يكون ههنا مثله (فرع) وسواء كانت الزوجة في حال يحل وطؤها أو لا يحل كالصائمة في رمضان والمحرمة والحائض رواه محمد عن ابن القاسم فان كانت الخلوة في نكاح فاسد فقد روى محمد عن مالك انه قال اذا كان النكاح مما يفسخ ولا يقر عليه بحال أن القول في ذلك كله قول المرأة اذا أرخيت الستور ووجه ذلك أن هذا معنى يجب به كمال المهر مع خلوة الزوج في النكاح الصحيح فوجب أن يكمل في النكاح الفاسد كالاقرار بالوطء (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الموجب عندنا في كمال الصداق بالبناء هو الوطء بمغيب الحشفة وان لم يكن غير ذلك هذا قول جماعة شيوخنا ووجه ذلك أن الأحكام انما تتعلق بمغيب الحشفة من وجوب الغسل ووجوب الحد واحلال المطلقة وافساد الحج والصوم وغير ذلك من الاحكام فأما الخلوة والتلذذ فلا تتعلق به الاحكام فلا اعتبار بها (فرع) وهذا اذا كان التلذذ في الخلوة أو المدة اليسيرة بعد البناء فأما اذا قام معها المدة الطويلة كالعام ونحوه فقد حكى القاضي أبو الحسن أن لها جميع المهر ومن أصحابنا من قال لها نصف المهر قال القاضي أبو الحسن وهذه الرواية المعول عليها ووجه قولنا ان لها جميع المهر اتمام المهر عوضا من طول تلذذه بها وتغييره لجهازها ووجه قولنا لها نصف المهر أنه نكاح عرى عن المسيس فلم يجب فيه بالطلاق غير نصف المهر أصله اذا طلق قبل البناء

﴿ المقام عند الأيم والبكر ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام المخزومي عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تزوج أم سلمة

فقال لم أمسها وقالت قد مسني صدقت عليه

﴿المقام عند الأيم والبكر﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبي بكر ابن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام المخزومي عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تزوج أم سلمة

وأصبحت عنده قال لها ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلث ﴾ ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تزوج أم سلمة وأصبحت عنده يقتضي أنه قال لها ذلك في أول يوم أصبحت فيه عنده وقد روي أنه قال لها ذلك بعد انقضاء الثلاثة أيام رواه مسلم من حديث عبد الملك بن أبي بكر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تزوج أم سلمة فدخل عليها فأراد أن يخرج أخذت بثوبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان شئت زدتك وحاسبتك به البكر سبع والثيب ثلاث ويحتمل أن يكون قال لها ذلك صلى الله عليه وسلم أول يوم فاختارت الثلاثة ثم قال ذلك بعد انقضاء الثلاثة الايام حين تعلقت بثوبه اعادة للتخيير

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ليس بك على أهلك هوان يريد أنها ليست بهينة عليه بل يريد اكرامها وموافقة ارادتها في المقام عندها وانه ان أقام عندها ثلاثة أيام مع ان المقام عند البكر سبع فليس لهوانها عليه وانما ذلك لأن حق سائر الزوجات متعلق بالمقام عندها فان سبع عندها وزاد على المقام عند الثيب فلابد أن يقضي سائر نسائه من المدة مثل ذلك ويسقط حكم الثلاث عند الثيب لأنه وان كان الحق لها في مقام ثلاثة أيام فليس لها أن تتصل بما بعدها فيسقط لذلك حكم الثلاث ويبقى مجرد التسبيع تضمنا الارادة أم سلمة رضي الله عنها فلابد من مثل ذلك عند غيرها من أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وان اقتصرت على الحق الواجب لها من التثليث لم يقض سائر الأزواج شيأ واستأنف القسمة وهذا يقتضي أن المقام عند الثيب حق لا يقضى به سائر الزوجات مقاما ولا لهن فيه اعتراض لتعليقه ذلك بمشيئة أم سلمة دون مشيئتهن وقد اختلف أصحابنا في ذلك هل هو حق للزوج أو الزوجة قال القاضي أبو محمد في ذلك روايتان قال وفائدة الخلاف أنه اذا كان حقا له جاز له فعله وتركه واذا كان حقا للزوجة لم يكن له تركه الا باذنها فوجه القول بانه حق للزوج قوله في حديث أم سلمة ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت عندك وان شئت ثلثت ودرت فأخبر بان ذلك على وجه الاكرام فالظاهر أنه ليس من حقوقها لأن الاكرام لا يستعمل في إيتاء الحقوق وانما يستعمل في اعطاء ماليس بحق للمكروم ولو كان ذلك من حقوقها لقال ليس بنا منع حقك ووجه قولنا بانه من حقوق الزوجة قوله في حديث أنس للبكر سبع وللثيب ثلاث وقد أسنده ابن وهب في غير الموطأ ومن جهة المعنى أن الغرض تأنيس المرأة وبسطها واذهاب ما يلحقها من الانقباض والخجل وهذا من حقوقها وقد حكى القاضي أبو الحسن أنه حق لهما جميعا وهو قول صحيح عندي

(فرع) فان قلنا انه حق للزوجة فهل يقضى به على الزوج أم لا قال أصبغ في الموازية هو حق عليه ولا يقضى به عليه كالمتعة وفي النوادر عن محمد بن عبد الحكم يقضى به عليه فوجه القول الاول أنه حق للزوجة سببه المكارمة فلم يقض به على الزوج كالامتاع ووجه القول الثاني أنه حق للزوجة من المقام عندها فوجب أن يقضى به على الزوج كالقسم بين الزوجات (فرع) وهل يكون ذلك للزوجة اذا لم يكن عنده غيرها روى أبو الفرج عن ابن عبد الحكم أن ذلك على الزوج وان لم يكن له نساء غيرها وقال ابن حبيب لا يلزمه المقام عندها اذا لم يكن له غيرها ووجه القول الاول ان طريق ذلك التأنيس وحاجتها الى ذلك اذا لم يكن له غيرها كحاجتها اذا كان له غيرها ووجه القول الثاني ان هذا مقام عند الزوجة فلا يلزم من ليس له غيرها كالقسم

(فصل) وقوله ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن يريد التخيير لها في ذلك قال القاضي أبو

وأصبحت عنده قال لها ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلث

الحسن ان اختارت التسبيع قضى سائر نسائه سبعا سبعا وقال ابن المواز عن مالك لا يخيرها فى ذلك وقد مضت السنة بان يقيم عندها ثلاثا وجه القول الاول التعلق بظاهر الحديث ووجه القول الثانى التعلق بما يثبت من الفعل فصار ذلك حكما على جميع الزوجات والله أعلم ص ﴿ مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك انه كان يقول للبكر سبع وللثيب ثلاث قال مالك وذلك الأمر عندنا ﴾ ش قوله للبكر سبع وللثيب ثلاث يقتضى ظاهره انه حق للمرأة ولو كان حقا للزوج لقال للزوج فى البكر سبع وفى الثيب ثلاث وبهذا قال من الصحابة أنس ومن التابعين فمن بعدهم النخعى والشعبى والشافعى واحمد بن حنبل وقال سعيد بن المسيب والحسن البصرى للبكر ثلاث ثم يقسم وللثيب يومان ثم يقسم وقال حماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة لا تفضل الجديدة على القديمة بكرا كانت أو ثيبا والدليل على ما قلناه ما رواه البخارى قال حدثنا يوسف بن راشد قال حدثنا أبو أسامة عن سفيان قال حدثنا أيوب وخالد عن أبى قلابة عن أنس قال من السنة اذا تزوج الرجل البكر أقام عندها سبعا وقسم واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم قال أبو قلابة ولو شئت لقلت ان أنسا رفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم ودليلنا من جهة المعنى ان الطارئة يلحقها من الاستيحاش والانقباض ما يحتاج به الى التأنيس وذلك لا يكون الا بطول المقام عندها ولما كانت البكر أكثر حياء وانقباضا احتاجت من التأنيس أكثر مما تحتاجه الثيب وهذا التعليل على أصل من جعله حقا للزوجة وأما على أصل من جعله حقا للزوج فقد قال القاضى أبو محمد لما كان التذاذ الزوج بالطارئة أكثر من التذاذه بالقديمة جعل له من المقام عندها ما يصل به الى ذلك (فرع) والحرة كالأمة فى ذلك قاله القاضى أبو الحسن ووجه ذلك انها زوجة تحتاج الى التأنيس كالحرة (فرع) وهل يتخلف العروس فى هذه المدة عن صلاة الجماعة والجمعة روى فى العتبية ابن القاسم عن مالك لا يتخلف عنها قال سحنون وقد قال بعض الناس إنه لا يخرج وذلك لها بالسنة وجه قول مالك انه ان كان حقا للزوج فان الزوجة لا تملكه وان كان حقا لها فانها لا تملك منه الا ما زاد على وقت أداء الصلاة ووجه رواية سحنون ان من ملك منافع أجير فى مدة ما فانه تسقط بذلك عنه فرائض الجمعة وحقوق اتيان الجماعات كالسيد فى عبده ص ﴿ قال مالك فان كانت له امرأة غير التى تزوج فانه يقسم بينهما بعد أن تمضى أيام التى تزوج بالسواء ولا يحتسب على التى تزوج ما أقام عندها ﴾ ش وهذا كما قال وذلك انه اذا تزوج امرأة وكان عنده غيرها فأقام عند الحديثة ما قدمناه من المقام الثابت فى حقها فانه يقسم بينها وبين القديمة بعد ذلك على السواء وبأيتهما يبدأ قال ابن المواز عن مالك يبدأ بأيتهما أحب وأحب الى أن يبدأ بالقديمة كأنه من عند الاخرى خرج (مسئلة) وأى وقت يبدأ بالمشى على نسائه قال مالك فى كتاب محمد له أن يبدأ بالليل قبل النهار أو بالنهار قبل الليل ووجه ذلك ان الذى عليه أن يكمل للواحدة يوما وليلة هو التخير فى أن يبدأ بأى الزمانين شاء على ان الأظهر من أقوال أصحابنا انه يبدأ بالليل (مسئلة) وصفة القسمة أن يكون عند كل واحدة يوما وليلة قاله ابن حبيب قال ولا يجوز أن يقسم لكل واحدة يومين رواه ابن المواز عن مالك قال ولو جاز لجاز ثلاثا وأربعا ووجه ذلك ما روى عن عائشة رضى الله عنها ان سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة وكان النبى صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة بيومها ويوم سودة ووجه ذلك من جهة المعنى ان فى تطويل المدة على النساء بالتغيب عنهن اضرارا بهن وما قصر من مدة مغيبه عنهن أرفق بهن وليس فى المدد ما يتبين تحديده ويمكن التساوى فيه أقصر من مدة يوم وليلة (فرع) وسواء فى ذلك الصغيرة والكبيرة

* وحدثنى عن مالك عن حميد الطويل عن أنس ابن مالك أنه كان يقول للبكر سبع وللثيب ثلاث قال مالك وذلك الأمر عندنا قال مالك فان كانت له امرأة غير التى تزوج فانه يقسم بينهما بعد أن تمضى أيام التى تزوج بالسواء ولا يحتسب على التى تزوج ما أقام عندها

والصحيحة والمريضة التي لا توطأ والرتقاء وغيرها ووجه ذلك انه متى استمسك بهن فحقهن متساو في الزوجية فوجب أن يتساوى بينهن في القسمة

﴿ ما لا يجوز من الشروط في النكاح ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب سئل عن المرأة تشترط على زوجها أن لا يخرج بها من بلدها فقال سعيد بن المسيب يخرج بها ان شاء ﴾ ش قوله في المرأة التي تشترط على زوجها أن لا يخرج بها من بلدها ان له أن يخرج بها ان شاء ومعنى ذلك انه لا يلزمه بالحكم وأما على الوفاء لها بما شرطت عليه من ان لا يخرجها من بلدها وما أشبه ذلك فانه مأمور به رواه محمد عن أشهب عن مالك فيمن تزوج امرأة على أن لا يمنعها الخروج الى المسجد فانه ينبغي أن يفي لها بذلك ولا يقضي به عليه وقال ابن حبيب وقد استحب مالك وغيره من أهل العلم أن يفي لها بما شرط وان ذلك غير لازم للزوج وعليه جمهور الفقهاء وقد روى ابن المواز عن ابن شهاب انه كان يوجب عليه ما التزم من الشروط في النكاح وان لم تكن معلقة بيمين وروى عبد الرزاق عن شريح انه قضى به والأصل في ذلك قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ويدل على ذلك ما رواه البخاري قال حدثنا عبد الله بن يوسف قال أخبرنا الليث قال حدثني يزيد بن أبي حبيب عن أبي الخير عن عقبة بن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج وتعليق ذلك بالوفاء لها دليل على انه لا يحكم به عليه وان ذلك مصروف اليه (مسئلة) وهذه الشروط في الجملة مكروهة قال ابن حبيب يكره أهل العلم الشروط في النكاح وايقاع شهادتهم عليها وروى أشهب عن مالك في كتاب محمد والعتبي اني لأكره أن ينكح على مثل هذا أحد لا يخرجها من بلدها ولا يمنعها من داخل يدخل عليها ولا يمنعها من حج ولا عمرة قال فاذا كان هكذا فهو لا يملكها اذا ملكا تاما ولا يستباح البضع الا بملك تام ويكره أن يشترط في تمليكه هذه الشروط التي تمنع تمام ملكه كما لو شرطت في ملك اليمين قال مالك ولقد أشرت منذ زمان أن أنهى الناس أن يتزوجوا بالشروط وأن لا يتزوجوا الا على دين الرجل وأمانته وانه كتب بذلك كتابا وصيح به في الأسواق وتعلق في ذلك ابن حبيب بما روى عن عائشة قالت قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما بال الناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وان شرط مائة شرط شرط الله أحق وأوثق * اذا ثبت ذلك فان هذه الشروط على ضربين * أحدهما أن تكون غير مؤثرة في النكاح * والثاني أن تكون مؤثرة فيه فأما التي لا تؤثر فيه فهي التي لا تؤثر في جهالة المهر ولا تغير مقتضى العقد مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها ولا يتخذ أم ولد ولا يخرجها من بلدها ونحو ذلك من الشروط فهذه قال ابن حبيب لا يبلغ من كراهية أهل العلم لها أن تكون حراما أو يفسخ بها النكاح (فرع) اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يشترط هذا الشرط ولا يسقط لها شيأ به أو يشترطه ويسقط لها به حقا فقد قدمنا انه يؤمر بالوفاء به ولا يحكم عليه بذلك وان أسقطت بسببه حقا من مهر أو غيره فلا يخلو أن تسقطه حين العقد أو بعده فان كان أسقاطها حين العقد فان ذلك لا يؤثر فسادا في العقد وقال الشافعي ان ذلك يفسد العقد والدليل على ما نقوله ان هذه الشروط لا تؤثر في المهر فلم توجب فيه فسادا أصل ذلك اذا شرطت بعد العقد (فرع) اذا ثبت ذلك فقد روى ابن القاسم عن مالك انه يخرجها ولا ترجع عليه بشيء مما أسقطته اياه وروى

﴿ ما لا يجوز من الشروط في النكاح ﴾

* حدثني يحيى عن مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن المرأة تشترط على زوجها انه لا يخرج بها من بلدها فقال سعيد ابن المسيب يخرج بها ان شاء

أشهب وابن نافع وعلي بن زياد في المدونة عن مالك ان كان بقي لها من المهر مثل مهر مثلها لم ترجع عليه بشئ وان كان أقل من مثلها فلها أن ترجع عليه زاد ابن حبيب تردالى مهر مثلها ومثله في العتبية وفي كتاب محمد ترجع عليه بما وضعت فتأخذه ولعله يريد بما وضعت من مهر مثلها وجه رواية ابن القاسم ما احتج به من ان ما أسقطته لم يثبت لها قط زاد ابن حبيب فكان بمنزلة ما يذكر في النكاح للسمعة وعلى هذا الوجه ذكره في الصداق ولم يرض الزوج أن يثبته لها في ذمته ووجه قول أشهب أنه عوض أسقطته في مقابلة مالم يصح لها فوجب أن ترجع بما بذلته من العوض أصل ذلك انها أسقطته بعد العقد (مسئلة) وأما ان أسقطت بعض مهرها بعد انعقاد النكاح فشرطت عليه بذلك شروطا قال محمد مثل أن لا يخرجها ولا يتزوج عليها غيرها فان له أن يفعل ذلك كله ولها أن ترجع فيما وضعت ووجه ذلك ان هذا مما استقر ملكها عليه فاذا عوضته به على وجه لم يف لها به وجب رد ذلك اليها كما لو أعطته على ذلك شيأ من مالها الذي بيدها * وأما الضرب الثاني وهو الذي يؤثر في عقد النكاح فهو ما أثر جهالة في المهر أو غير بعض ما اقتضى العقد كالخيار ونحوه وذلك مثل أن يتزوج المرأة بشرط ان لها من النفقة كذا في كل شهر وتشترط نفقة خدم لها أو نفقة ابنها من غيره أو على أن لا نفقة لها فهذا كله يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويسقط الشرط ووجه ذلك ما قدمناه من أن هذا الشرط قد أثر جهالة في العوض ففسد لذلك العقد قبل البناء ويثبت بعده والله أعلم

ص * قال مالك فالأمر عندنا انه اذا اشترط الرجل للمرأة وان كان ذلك الشرط عند عقدة النكاح أن لا أنكح عليك ولا أتسرر ان ذلك ليس بشئ الا أن يكون في ذلك يمين بطلاق أو عتاقة فيجب ذلك عليه ويلزمه * ش وهذا كما قال وذلك ان مجرد الشرط لا يلزم في شئ من الأشياء شرط بها أن لا ينكح عليها ولا يتسرى معها أو غير ذلك من الشروط وله أن يفعل ذلك كله ولا شئ عليه فيه ولا يمنع من فعله الا أن يقيد الزوج ذلك بيمين فتلزمه تلك اليمين سواء علق يمينه بطلاق أو عتاق أو غيره من الايمان التي تلزم الا أن الذي يحكم به عليه من ذلك الطلاق والعتق وأما ما يحلف به من اليمين بالله أو المشي أو غير ذلك فانه ان خالف ما حلف لها عليه حنث لكنه لا يحكم عليه بالكفارة وقد اختلف في الصدقة ونحن نبين ذلك في موضعه ان شاء الله تعالى (مسئلة) واذا زوج الصغير وليه وألزمه شروطا قيدها بتمليك أو طلاق أو عتق فعند ابن القاسم لا يلزم شئ من ذلك بالزام الولي وفي العتبية من رواية ابن أبي زيد عن ابن وهب ان ذلك يلزمه اذا بلغ بني أو لم يبن ووجه قول ابن القاسم ان هذه أيمان فلا يعقدها أحد عن أحد كاليمين بالله تعالى ولذلك لم تلزم بمجرد الشرط حتى يقترن بها الايمان ووجه قول ابن وهب انها شروط فلزمت بالزام الولي كصفة الصداق

(فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فان دخل بها بعد البلوغ وبعد العلم بما عقد عليه فقد قال ابن القاسم هذا التزام منه لها قال أبو عبد الله بن العطار في وثائقه وقد قيل لا يلزمه ذلك وجه قول ابن القاسم ان دخوله بها مع العلم بما انعقد عليه رضاه والتزامه فوجب أن يلزمه كما يلزمه بقوله رضيت بذلك ووجه القول الثاني ان هذه أيمان لم يلتزمها بنطق ولا فعل يقوم مقام النطق اذ له أن يقول رضيت بالنكاح ولم أرض الشروط فلم يلزمه كما لا يلزمه باستدامة العقد بعد البلوغ

(فرع) وان علم بذلك بعد البلوغ وقبل البناء وكره التزامها فعند ابن القاسم يقال له اما أن تلتزم واما أن ينصرف الخيار لها قال أبو عبد الله بن العطار لا يلزمه ذلك وله أن يبني بها الا أن يتطوع بالتزامها وجه القول الأول ان نكاحها انعقد على التزام ذلك فليس له التزام النكاح واسقاطها

* قال مالك فالأمر عندنا انه اذا اشترط الرجل للمرأة وان كان ذلك الشرط عند عقدة النكاح أن لا أنكح عليك ولا أتسرر ان ذلك ليس بشئ الا أن يكون في ذلك يمين بطلاق أو عتاقة فيجب ذلك عليه ويلزمه

ووجه القول الثانى ان هذه شروط لم يلتزم الناكح فيها يمينا فكان له امضاء النكاح واطراحها كالو لم تعلق الشروط بنكاح ولا عتق * (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم وكره الزوج التزامها خيرت الزوجة بين اسقاطها واستدامة النكاح والمطالبة بها وابطال النكاح فان أسقطت الشروط لزمه النكاح دون شرط وان لم تسقطها فارق وهذا اذا كانت مالكة أمرها فقد قال أبو عبد الله ذلك الى وليها فى اسقاط الشروط والمنع من ذلك وفى هذا الذى قاله عندى نظر لان الولى ان كان وصيا فانما له أن ينظر فى مالها واختيار الكفؤ لها وأما فى القسم والتمليك لها فلا نظر له فيه وأما ان كان غير وصى فلا ولاية له الا باختيار الكفؤ ولو رضيت هى بالنكاح بغير شرط لما كان له المنع من ذلك ولو أبت النكاح الا بشروط لما كان له اطلاق ذلك وقد اختلف قول مالك فى المدونة فى رضاها بأقل من مهر مثلها وان كان مالا فكيف بما لا تعلق له بالمال وقد قال مالك فى الموازية فى الذى يخير زوجته قبل بلوغها وقبل البناء بها فاختارت نفسها فهو طلاق (فرع) اذا ثبت ذلك فهل تكون فرقتهما بالابانة فسخا أو طلاقا الظاهر من قول ابن القاسم أنه طلاق والظاهر من قول أصبغ انه فسخ وجه القول الأول ان هذه فرقة مصروفة الى اختيار الزوج فكانت طلاقا أصل ذلك اذا طلق ابتداء ووجه القول الثانى ان هذه فرقة تثبت لعدم التراضى فكانت فسخا أصل ذلك قبل تمام العقد وهل لها نصف الصداق روى أصبغ عن ابن القاسم لها نصف الصداق وقال أصبغ لا شئ لها منه واختاره محمد قالا الا أن تكون أسقطت الشروط وطلق واطلاق قبل أن يعلم بالشروط فعليه نصف الصداق (فرع) فان دخل بها قبل العلم وبعد البلوغ فقد قال ابن القاسم لا يلزمه ذلك وقال أبو عبد الله بن العطار لا تنفعه والشرط يلزمه وقيل لا يلزمه وجه القول الأول انها تركت التحرز والاستيثاق حين أسلمت نفسها من غير توقيفه على الشروط ووجه القول الثانى ان دخوله رضا بما عقد عليه لتركه التحرز والنظر فيما عقد عليه فلزمه ذلك كالو علم (فرع) ولو اختلفا فقال الزوج عقدت على الشروط وأنا صغير وقالت الزوجة أو الولى عقدت وأنت كبير ففى العتبية عن ابن القاسم على الزوج البينة والا حلف الولى لانه كان العاقد للنكاح ولزمت الزوج الشروط ووجه ذلك أن انعقاد النكاح متفق عليه فمن أراد أن يثبت فيه ما يوجب الخيار فى حله فهو مدع والله أعلم

﴿ نكاح المحلل وما أشبهه ﴾

ص ﴿ مالك عن المسور بن رفاعة القرظى عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعة بن سموأل طلق امرأته تميمة بنت وهب فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة أن ينكحها وهو زوجها الأول الذى كان طلقها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة ﴾ ش رواه يحيى بن يحيى وجماعة من رواة الموطأ الزبير بفتح الزاى فيهما وقال ابن بكير الأول بالضم قال الشيخ أبو الحسن الدارقطنى وعبد الغنى وغيرهما من الحفاظ هو الصواب وهو الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير بن باطيا اليهودى القرظى قتل الزبير يوم قريظة والله أعلم والذى وقع فى روايتى من طريق يحيى بن يحيى الزبير بن عبد الرحمن بضم الزاى والله أعلم *

(فصل) قوله ان رفاعة طلق امرأته ثلاثا يحتمل من جهة اللفظ أن يوقعها فى مرة واحدة ويحتمل أن يوقعها فى ثلاث مرات يطلق ثم يرتجع ثم يطلق غير أن ايقاعها عند مالك فى مرة غير جائز وسيرد

﴿ نكاح المحلل وما أشبهه ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن المسور بن رفاعة القرظى عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير أن رفاعة بن سموأل طلق امرأته تميمة بنت وهب فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة أن ينكحها وهو زوجها الاول الذى كان طلقها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة

فى كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها يريد أنه لما اعترض عنها ومنع وطأها فارقها ويحتمل أن يكون فارقها حين لم ترد البقاء معه على ذلك ولكن أضاف الفراق اليه لما كان هو الفاعل له ولعله لما علم بكراهيتها لذلك بادر بفراقها من غير أن يتأجل فى ذلك أجلا أو يعالج مداواة أو معاناة

(فصل) وقوله فأراد رفاعة أن ينكحها يحتمل أن يكون اعتقد أن الثلاث لم تحرمها ولعله لم يكن نزل بعد قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولعله علم أن الثلاث تحرمها وظن ان عقد الزوج عليها يحلها له فلما ذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم نهاه عن نكاحها وأعلمه ان المانع له من نكاحها باق لانه قال له لا حتى تذوق العسيلة فأخبره ان المحلل انما هو الوطء وانفرد سعيد بن المسيب بقوله ان عقد الثانى يحلها للاول وان لم يكن وطء ولعله لم يبلغه الحديث لانه نص فى مخالفة قوله وقد روى ابن القاسم عن مالك انه قال العسيلة فيما نرى والله أعلم اللذة ومجاوزة الختان الختان وروى نحوه ابن مزين عن عيسى بن دينار زاد ابن مزين أنزل أو لم ينزل وانفرد الحسن البصرى بقوله لا يحلها الا الوطء وفيه انزال ص *(مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد عن عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم انها سئلت عن رجل طلق امرأته ألبتة فتزوجها بعده رجل آخر فطلقها قبل أن يمسها هل يصح لزوجها الاول أن يتزوجها فقالت عائشة لا حتى يذوق عسيلتها * مالك انه بلغه ان القاسم بن محمد سئل عن رجل طلق امرأته ألبتة ثم تزوجها بعده رجل آخر فمات عنها قبل أن يمسها هل يحل لزوجها الاول أن يراجعها فقال القاسم بن محمد لا يحل لزوجها الاول أن يراجعها)* ش قول عائشة فى المطلقة ثلاثا يتزوجها زوج فيطلقها قبل أن يمسها قد تقدم مثله مسندا عن النبى صلى الله عليه وسلم وقد تقدم الكلام عليه بما يغنى عن اعادته (مسئلة) والاعتبار فى نكاح التحليل بنية الزوج قال مالك فى الموازية والعتبية لا يجوز أن يتزوجها علمت هى وزوجها الاول أو لم يعلما فاذا لم ينو الزوج الثانى التحليل فهو جائز وان علمت المرأة التحليل وسألته لما دخل بها الطلاق أو خالعته بمال فذلك جائز قال مالك فى الموازية لا يضر الزوج ما نوت الزوجة لان الطلاق بيده دونها (فرع) والنية المصححة للعقد أن يتزوجها لحاجته اليها قال ابن حبيب وان تزوجها فان أعجبته أمسكها والا كان قد احتسب فى تحليلها الآخر لم يجز لما خالط نكاحه من نية التحليل ولا تحل بذلك للاول (فرع) وقول ابن القاسم فى التى توفى عنها زوجها قبل أن يمسها لا تحل بذلك لمن طلقها قبله ثلاثا لانه نكاح ليس فيه مسيس فلم يتعلق بذلك حكم الاحلال لان الاحلال لا يكون بالعقد وانما يكون بالوطء لكن يعتبر فيه صحة العقد وان كانت وفاة الزوج يقع بها كمال المهر فانه لا يقع به الاحلال ولا الاحصان والفرق بينهما ان المهر انما يكون فى مقابلة استباحة العضو والمواصلة مدة العمر فاذا وجد موت أحدهما فقد انقضت مدة المواصلة فوجب جميع المهر كما يجب بالوطء وأما احلال الزوجة للمطلق ثلاثا فانه يحصل بالوطء وليس فى موت الزوج الثانى معنى من معانى الوطء فتحصل بالاباحة ولا خلاف فى ذلك وهذا ان أقرت الزوجة بعدم الوطء فان ادعته فلا يخلو أن تدعيه بعد البناء أو قبله فان ادعته قبل أن يبنى بها وقد هلك الزوج الثانى ولم يعلم مبيته عندها فانها لا تحل بذلك للاول (مسئلة) فان ادعت ذلك وقد بنى بها الثانى وبات عندها ليلة واحدة ومات فقد قال ابن القاسم ان ذلك عليها لزوجها الاول وان كان طلقها وادعت المسيس

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد عن عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم انها سئلت عن رجل طلق امرأته ألبتة فتزوجها بعده رجل آخر فطلقها قبل أن يمسها هل يصلح لزوجها الأول أن يتزوجها فقالت عائشة لا حتى يذوق عسيلتها * وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد سئل عن رجل طلق امرأته ألبتة ثم تزوجها بعده رجل آخر فمات عنها قبل أن يمسها هل يحل لزوجها الأول أن يراجعها فقال القاسم بن محمد لا يحل لزوجها الأول أن يراجعها

وأنكره الزوج فقد قال مالك لا يحلها ذلك للمطلق ثلاثا وقال ابن القاسم تدين ويباح له نكاحها ثلاثا وقال ابن القاسم ان كان الزوج يذكر ذلك عند الفراق لم يحلها ذلك وان قال ذلك بعد الفراق لم يقبل قوله وحلت للمطلق ثلاثا * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي ان كل موضع تصدق فيه على الزوج في دعوى الوطء فانها تصدق فيه في احلالها للاول وأما كل موضع لا تصدق فيه على الزوج اذا أنكر الوطء فان دعواها الوطء بعد وفاة الثاني لا يحلها للاول ولم أر فيه نصا والله أعلم (مسئلة) ويعتبر في صحة الاحلال الوطء بعقد النكاح فان وطئها بملك يمين فقد قال محمد لا يحلها ذلك الوطء وانما يحلها الوطء بالنكاح فتعتبر فيه صحة العقد وصحة الوطء فأما العقد فأن يكون المقصود به الرغبة في النكاح مع صحة العقد فان صح العقد وتزوجها بيمين لزمته أن يتزوج على امرأته ففي المدنية ان كان مثله يتزوج مثلها فقد خرج عن يمينه وحلت للمطلق ثلاثا وقال محمد بن دينار لا تحل للاول بذلك وان أقامت عند الثاني سنتين أو أكثر لانه لم يتزوجها رغبة وانما قصد أن يبر في يمينه وأما صحة الوطء فسيأتي ذكره في الاحصان ان شاء الله تعالى ص ﴿ قال مالك في المحلل انه لا يقيم على نكاحه حتى يستقبل نكاحا جديدا فان أصابها فلها مهرها ﴾ ش وهذا كما قال وذلك انه لما كان نكاح المحلل نكاحا فاسدا المنافاته مقتضى النكاح ومقصوده لان المقصود به اباحة البضع لغير الناكح فوجب أن يفسخ وقد ذكر القاضي أبو محمد في ذلك قياسا وذلك انه قال ان هذا عقد وقع على وجه محظور استحق عاقده به اللعن فوجب أن يكون باطلا أصل ذلك شراء الخمر (فرع) اذا ثبت ذلك فانه يحكم عليه بالفرقة قبل البناء وبعده رواه ابن المواز عن أشهب عن مالك قال ابن المواز يفسخ نكاحه بطلقة بائنة ان ثبت ذلك باقراره ولو ثبت بعد البناء اقراره بذلك قبل البناء فليس بنكاح * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انه ان ثبت اقراره بذلك قبل النكاح فانه يدخله الخلاف الذي في النكاح الفاسد المختلف في فساده (فرع) وهل يجوز هذا للمحلل أن يتزوجها بعد أن فرق بينهما بعد البناء روى أشهب عن مالك في الموازية له ذلك وأحب الى أن لا ينكحها أبدا ووجه ذلك انه أراد تعجيل استباحة البضع على الوجه المحظور كالنكاح في العدة غير أن الناكح في العدة عجله لنفسه بالعقد والوطء فوقع تأبيد التحريم عليه وفي مسئلتنا أراد تعجيله لغيره فلم يبلغ مبلغ التحريم وانما اقتضى الكراهية والله أعلم (مسئلة) ويجب عليه أن يأتي الزوج الاول فيعلمه انه قصد تحليلها له ليمنع ذلك من نكاحها قاله ابن حبيب ووجه ذلك أن لا يغتر الآخر بظاهر فعله ولا يعلم مقصده فيكون هو سبب مواقعة الحرام

(فصل) وقوله فلها مهرها هكذا رواه يحيى بن يحيى وروى ابن بكير فلها مهر مثلها وتابعه على ذلك القعنبي ورواية يحيى أظهر لانه نكاح فسد لعقده فيجب بالدخول المهر المسمى وروى ابن عبد الحكم عن مالك لها مهر مثلها على رواية ابن بكير والقعنبي وهو مذهب الشافعي وقال ابن المواز بل لها المهر المسمى وهو قول مالك وهو الأظهر لما قدمناه

﴿ ما لا يجمع بينه من النساء ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها يقتضي العموم من جهة اللفظ غير أن التحريم اذا علق على النساء فان

قال مالك في المحلل انه لا يقيم على نكاحه حتى يستقبل نكاحا جديدا فان أصابها فلها مهرها

﴿ ما لا يجمع بينه من النساء ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها

المفهوم منه الوطء كما انه اذا علق على الطعام فهم منه اللباس فيجب أن يحمل على الوطء أو على كل معنى مقصوده الوطء فأما الوطء فانه يملك بيمين وأما العقد الذى مقصوده الوطء فانه النكاح ويخالف فى ذلك ملك اليمين فانه يجوز للانسان أن يملك من لا يطأ كالاخت من الرضاعة والخالة والعمة من النسب ولا يجوز عقد نكاح على من لا يجوز وطؤها للرجل من النساء (مسئلة) فأما ما لا يجمع بينهما بعقد النكاح فان الاصل فيه قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف والعمة مع ابنة أخيها والخالة مع بنت أختها بمثابة الاختين فى ذلك والأصل فيه من جهة السنة الحديث المتقدم ومن جهة المعنى أن الاختين والعمة والخالة مع ابنة الأخ وابنة الأخت ممن يلزم بعضهن لبعض المواصلة للرحم القريبة الوشيجة وغيرة الضرائر تورث القطيعة وتمنع المواصلة فمنع من الجمع بينهما لذلك لأنه سبب لما نهينا عنه من القطيعة ومانع مما يجب عليهما من المواصلة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الجمع بينهما بالنكاح يكون على ضربين أحدهما أن يجمع بينهما فى عقد واحد والثانى أن ينكح احداهما بعد الأخرى فان جمع بينهما فى عقد واحد فقد قال مالك فى المدونة ان كل امرأتين يجوز له أن ينكح احداهما بعد الأخرى لا يجوز له أن يجمع بينهما فان جمع بينهما فى عقد واحد فانه يفسخ نكاحه لهما جميعا وليس له أن يحبس واحدة منهما بنى بهما أو بواحدة منهما أو لم يبن ووجه ذلك أنه قد منع أن يجمع بينهما فى عقد النكاح فاذا انعقد نكاحهما على الوجه الممنوع به فسخ نكاحه لهما قبل البناء وبعده لأن الفساد فى العقد (مسئلة) فان أفرد كل واحدة منهما بعقد ثبت نكاح الاولى وفسخ نكاح الثانية دخل بهما أو باحداهما كانت الاولى أو الأخرى قاله مالك فى المدونة ووجه ذلك ما احتج به من أن عقد الاولى صحيح لأنه عرى عن الفساد بالجمع بينهما ونكاح الاخرى فاسد لما تعلق به من الجمع بين الاختين فلما اختص الفساد بنكاح الثانية وجب أن يفرد بالفسخ (فرع) وبماذا تعرف الأولى منهما ان شهد بذلك الشهود فالحكم فيه على ما تقدم وان شهد الشهود بالزوجية ولم يوقنوا ولا علموا الاولى من الاخرى فقد روى محمد عن أشهب أن الزوج مصدق فى تعيين الاولى من الاخرى ويتزل عن التى زعم انها الاخرى ولا شئ لها ان كان لم يمس قال محمد وهذا عندنا صواب ووجه ذلك أنه اذا شهد الشهود بذلك فقد شهدوا بصحة أحد العقدين وفساد الآخر ولم يعينوا الفاسد من الصحيح فلم يشهدوا لاحداهما بعقد صحيح فاذا لم يكن أحد يعينه غير الزوج قبل فى ذلك تعيينه * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى أن الاخرى لو ادعت أنها الاولى للزم الزوج اليمين فى ذلك لانه يريد أن يسقط عن الاولى نفس صداقها وعندى أن فسخ نكاحها يكون طلاقا

(فصل) وأما اذا ملك عصمة احداهما ووطئ الثانية بملك اليمين فلا يخلو أن يكون عقد النكاح هو السابق أو الآخر فان كان عقد النكاح هو السابق فقد روى محمد عن ابن القاسم أنه ان نكح احدى الاختين فلم يبن بها حتى وطئ الثانية بملك اليمين أنه يوقف عنها حتى يحرم فرج أمته عليه ولا يفسد ذلك النكاح وقال أشهب بل يطأ الزوجة لان فرج أمته عليه حرام منذ عقد على أختها عقد نكاح ووجه قول ابن القاسم أنه قد وجد منه فى كل واحدة ما يمنع من الاخرى فوجب أن يوقف عنهما كما لو كانتا أمتين فوطئهما ووجه قول ابن القاسم أن النكاح فى باب الاستمتاع ومنعه أقوى من ملك اليمين لان مقصوده الوطء ومقصود ملك اليمين الملك دون الوطء ولو تزوج امرأة على أختها فوطئها لم يوقف عن الاولى فبأن لا يمنع منهما اذا وطئ الثانية بملك اليمين أولى وأحرى (مسئلة)

فان وطئ احداهما بملك اليمين ثم تزوج الاخرى قبل أن يحرم الامة على نفسه فقد قال محمد اختلف فيه أصحاب مالك فقال عبد الله بن عبد الحكم وأشهب نكاحه جائز وله أن يطأ امرأته ولا يحدث تحريما لجاريته لان نكاح أختها قد حرمها عليه وبه قال الشافعي وقال ابن القاسم لا يجوز أن يعقد النكاح حتى يحرم الامة على نفسه فان فعل وقف بعد النكاح لا يقرب واحدة منهما حتى يحرم على نفسه أيتهما شاء وقال عبد الملك يفسخ النكاح ولا يقر على حال وهذا القول مع الذى قبله لابن القاسم فى المدونة وجه رواية أشهب ما احتج به ووجه رواية الوقف أن التحريم انما يتضمن الجمع بينهما بملك نكاح أو وطء ولوطء الامة تأثير فى المنع من استدامة امساكها مع ما يحرم عليه الجمع بينهما ولذلك اذا وطئ الاختين بملك اليمين منع من وطئهما حتى يحرم فرج احداهما ولعقد النكاح تأثير فى الجمع بينهما فقد وجد فى كلا الجنبتين مؤثر فى المنع فوجب أن يمنع منهما حتى يحرم احداهما كما لو وطئهما بملك اليمين ووجه قول عبد الملك أن هذا ممنوع من الاستمتاع بها بسبب الجمع بينهما فوجب أن يكون ممنوعا من العقد عليها منعا يفسخ به عقده كما لو كانت الاولى زوجة (مسئلة) واللتان لا يجوز الجمع بينهما من النساء قال ابن بكير هما كل امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لم يحل له نكاح الاخرى لنسب أو رضاع أو نحوه رواه ابن المواز عن أشهب عن مالك الا ان هذا الذى ذكره على ضربين ضرب لاحداهما على الاخرى ولادة كالأم مع البنت والجدة مع الحفيدة فهذا الضرب سيأتى ذكره بعد هذا والضرب الثانى ليس لاحداهما على الأخرى ولادة كالأخت مع الأخت والخالة وبنت أختها والعمة مع بنت أخيها فهذا الضرب الذى يحرم الجمع بينهما فى وقت واحد وان جاز أن يتزوج بعد الأخرى فالأخت هى الأخت للأب والأم أو لأحدهما والعمة هى كل امرأة هى أخت لرجل له عليك ولادة والخالة هى كل امرأة هى أخت لامرأة لها عليك ولادة فاخت الجدة للأب خالة وكذلك أخت أم الأب وأخت الجد للأم عمة وكذلك أخت أبى أم الأم (مسئلة) ويجوز الجمع بين المرأة وزوجة أبيها قاله غير واحد من أصحابنا وذلك أنه لا يتصور فى الطرفين أن تكون كل واحدة منهما ذكرا فيجوز له نكاح الأخرى أو يحرم عليه لا يتصور أن تكون زوجة الأب ذكرا وقال ابن بكير ولو تصورناها ذكرا لم يحرم عليه أن يتزوج ابنة رجل أجنبى والله أعلم ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول ينهى أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها وأن يطأ الرجل وليدة فى بطنها جنين لغيره ﴾ ش قد تقدم الكلام فى النهى عن أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها ولا خلاف فى ذلك بين الامة وأما قوله أو أن يطأ الرجل أمة فى بطنها جنين لغيره فانه لا يجوز لاحد أن يطأ جارية حاملا من غيره والوليدة فى عرف استعمالهم هى الامة ولا يخلو أن يكون الحمل من نكاح أو وطء بملك يمين أوزنا والنكاح على ضربين ضرب فى حال يتعقبه السباء ونكاح فى حال لا يتعقبها السباء فأما النكاح فى حال يتعقبها السباء فهو أن يتناكح المشركان فى أرض الحرب ثم تسبى المرأة حاملا فانه لا يجوز لمن صارت فى سهمه ولمن ابتاعها أن يطأها بملك يمين ولا لغيره أن يتزوجها والأصل فى ذلك الحديث المتقدم لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض ومن جهة المعنى ان ذلك يوقع تلبيسا فى النسب والشرع موضوع على تخليص الانساب ولهذا شرعت العدة والاستبراء (مسئلة) وأما النكاح الذى لا يتعقبه السباء فالأمة المسلمة يطلقها زوجها أو يموت عنها حاملا لا يجوز لسيدها أن يطأها حتى تضع حملها (مسئلة) وأما ان كان حملها من ملك اليمين مثل أن يطأها سيدها فيبيعها من غيره أو يزوجها فانه لا يحل لمن ابتاعها أو نكحها وطؤها بل لا يحل ابتياعها ولا نكاحها بوجه

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد ابن المسيب أنه كان يقول ينهى أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها وان يطأ الرجل وليدة وفى بطنها جنين لغيره

وسنذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذلك لو كانت حاملا من زنا لم يجز وطؤها (فرع) واذا ثبت انه لا يجوز وطء وليدة ممن ذكرنا حملها فانه لا يجوز له أن يقبلها ولا يستمتع بها روى محمد عن ابن القاسم من كانت له أمة حامل من غيره لم يحل له أن يطأها ولا يقبلها ولا يباشرها ولا يلتذ بها بغمز ولا غيره كان حملها ذلك من زنا أو غيره ولا يمس لها يدا ولا رجلا

﴿ مالا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد أنه قال سئل زيد بن ثابت عن رجل تزوج امرأة ثم فارقها قبل أن يصيبها هل تحل له أمها فقال زيد بن ثابت لا الام مبهمة ليس فيها شرط وانما الشرط في الربائب ﴾ ش قوله تزوج امرأة ثم فارقها قبل أن يصيبها يريد انه عقد نكاحها ثم طلقها قبل أن يطأها ثم أراد أن يتزوج أمها فسأل زيد بن ثابت هل يحل له ذلك فقال زيد بن ثابت الام مبهمة يريد ان ذكرها في آية التحريم مطلق غير مقيد بصفة لانه قال وأمهات نسائكم فلم يقيد بالبناء ولا غيره وهذا معنى قوله ليس فيها شرط لان التقييد بمعنى الشرط لانه لم يشترط في تحريم الام دخولا ولا غيره وقوله رضي الله عنه وانما الشرط في الربائب يريد أن التقييد انما ورد في الربائب في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فقيد تحريم ذلك بالدخول بالام فبقيت غير المدخول بها داخلة تحت عموم قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم وهذا الذي ذهب اليه زيد بن ثابت هو قول عمران بن حصين وابن عمر وطاوس والزهري والحسن البصري وبه قال مالك والثوري وأبو حنيفة والشافعي وروى عبد الرزاق عن ابن عباس انه قال يجوز أن يتزوج الام ان لم يدخل بالبنت وبه قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه وابن الزبير ومجاهد وروى عن زيد بن ثابت انه قال ان طلقها قبل الدخول جاز له أن يتزوج أمها وان ماتت قبل البناء بها لم يجز له ذلك وقد أنكر هذه الرواية عنه القاضي قال وهي من رواية قتادة عن سعيد بن المسيب عنه قال وقد سمعت علي بن المديني يضعف في حديث قتادة عن سعيد وقال أحسب ان بينهما رجلا لانه يخالف أصحاب سعيد والدليل على ما قدمناه قوله تعالى وأمهات نسائكم ولم يخص مدخولا بابنتها من غيرها فيجب حمله على عمومه الا ما خصه الدليل فان قيل فانه قد شرط في الربائب بعد هذا الدخول فقال وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم والشرط اذا وردت عقبه جمل وجب تعلقه بجميعها كالاستثناء والجواب انه انما يجوز ذلك اذا صح أن يكون الكلام راجعا الى جميع المعطوف بعضه على بعض فاذا لم يصح ذلك ولم ينتظم عليه الكلام فانه يرجع الى ما يصح منه دون غيره ولا يصح في مسئلتنا أن يكون الشرط متعلقا بجميع ما تقدم من اللفظ ولا بالموضع المختلف فيه وأما امتناعه في موضع الخلاف فان النساء في قوله وأمهات نسائكم مخفوض بالاضافة والنساء في قوله وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم مخفوض بحرف الجر فلا يجوز أن يكون قوله اللاتي دخلتم بهن نعتا لهما لاختلاف العامل فيهما هذا قول البصريين من النحاة وان كان قد أجازه الكوفيون لاتفاقهما في الخفض وما قاله البصريون أولى لان الصفة تتبع الموصوف في المعنى واللفظ فيجب أن يكون العامل في الموصوف عاملا في الصفة ولذلك اذا قلت هذا غلام زيد العاقل وان كان خفض زيد بالاضافة نخفض العاقل بذلك أيضا لانه يصح أن يقول هذا غلام العاقل ولو لم يصح ذلك لم يصح كونه وصفا له واذا قلت خذ من عمرو الكريم درهما فان الكريم أيضا وصف

﴿ مالا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته ﴾ * حدثني يحيي عن مالك عن يحيي بن سعيد أنه قال سئل زيد بن ثابت عن رجل تزوج امرأة ثم فارقها قبل أن يصيبها هل تحل له أمها فقال زيد بن ثابت لا لام مبهمة ليس فيها شرط وانما الشرط في الربائب

* وحدثنى عن مالك عن غير واحد أن عبد الله بن مسعود استفتى وهو بالكوفة عن نكاح الام بعد الابنة اذا لم تكن الابنة مست فأرخص فى ذلك ثم ان ابن مسعود قدم المدينة فسأل عن ذلك فأخبر أنه ليس كما قال وانما الشرط فى الربائب فرجع ابن مسعود الى الكوفة فلم يصل الى منزله حتى جاء الرجل الذى أفتاه بذلك فأمره أن يفارق امرأته

لعمر ولانه يصح أن يحل محله فتقول خذ من الكريم درهما فاذا أردت أن تقول هذا غلام زيد وخذ من عمر ودرهما الكريمين لم يجز لانه لا يجوز أن يحل محل زيد المضاف والعامل فيه من ولا يجوز أن يحل محل عمر والمخفوض بمن والعامل فيه الاضافة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد تقدم قبل هذا أن من يحرم الجمع بينهما على ضربين أحدهما يحرم الجمع بينهما ولا تحرم المعاقبة بينهما وهن ذوات المحارم اللاتى ليس لبعضهن على بعض ولادة والضرب الثانى يحرم الجمع والمعاقبة بينهما وهن ذوات المحارم اللاتى لبعضهن على بعض ولادة كالأم مع بنتها والجدة مع جدتها فهؤلاء لا خلاف فى ان وطء إحداهن على وجه شبهة النكاح يحرم الأخرى على التأبيد وهل يحرمها العقد بمجرده يختلف حكمهن وسنبينه بعد هذا ان شاء الله ص * مالك عن غير واحد ان عبد الله بن مسعود استفتى وهو بالكوفة عن نكاح الأم بعد البنت اذا لم تكن البنت مست فارخص فى ذلك ثم ان ابن مسعود قدم المدينة فسأل عن ذلك فاخبر انه ليس كما قال وانما الشرط فى الربائب فرجع ابن مسعود الى الكوفة فلم يصل الى منزله حتى أتى الرجل الذى أفتاه بذلك فأمره أن يفارق امرأته * ش قوله ان عبد الله بن مسعود استفتى وهو بالكوفة يريد والله أعلم ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه أرسله الى الكوفة ليعلمهم العلم ويفتى بينهم فاستفتى هنالك عن هذه القضية فى نكاح الأم بعد الابنة اذا لم تكن الابنة مست فارخص فى ذلك وقد قال القاضى أبو اسحق وأنا أحسب ان الذين ذهبوا الى ان أمهات الزوجات مثل الربائب انما ذهبوا الى قياس بعض ذلك على بعض من غير أن يكون النص يوجبه يريد ان النص لا يحتمل هذا التأويل ولا يجوز حمله على ذلك فى لغة العرب فيحتمل أن يكون عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أفتى فى ذلك قياسا على الربائب وقد تقدم الكلام على ذلك من وجه القياس بما يغنى عن اعادته

(فصل) وقوله ان عبد الله بن مسعود قدم المدينة فسأل عن ذلك يحتمل أن يكون سأل عن ذلك مع اعتقاده صحة ما أفتى به ليعلم موافقة علماء المدينة له أو مخالفتهم إياه فقد يفعل ذلك الانسان فيما يعتقد صحته من مسائل الفروع ليعلم ما عند غيره من العلماء فى ذلك ويحتمل أن يكون قد ظهر اليه وجه المسئلة فشك فى فتواه عند توجهه الى المدينة فسأل عن ذلك غيره ليظهر له حكم المسئلة وكان أهل المدينة لكثرة العلماء بها يرجع اليهم أهل الآفاق فى الفتاوى لان الحق لا يكاد يخفى عن جماعة العلماء مع البحث والنظر لان ما قصر عنه أحدهم استدركه سائرهم وأما الواحد فقد يتعذر عليه بلوغ المراد من النظر فى بعض الأوقات

(فصل) وقوله فاخبر انه ليس الأمر كما قال وانما الشرط فى الربائب يريد انه ليس الأمر كما قال فى حكمه للام بعد العقد بمثل حكمه للبنت بعد العقد على الأم من اعتبار الدخول بالاولى وذلك ان شرط اعتبار الدخول انما يختص بالربائب دون أمهات النساء على ما قدمناه

(فصل) وقوله فرجع ابن مسعود الى الكوفة فلم يصل الى منزله حتى أتى الرجل الذى أفتاه بذلك فأمره أن يفارق امرأته يريد تعجيل أمره له بالفراق واخباره بما يجب فى ذلك وتقديمه على الوصول الى منزله وذلك يحتمل وجهين أحدهما أن يكون عبد الله بن مسعود قد ظهر اليه وجه الصواب فى خلاف ما أفتى به فتعجل استدراك الأمر فى المستقبل والمبادرة الى منعه استدامة نكاح من محرم عليه والثانى أن يكون عبد الله بن مسعود باقيا على مذهبه غير أن الحكم انما يجرى على رأى الامام فلزمه الرجوع الى قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه والأخذ به وحمل الناس عليه وكذلك كل

ما اختلف فيه العلماء فان الرجوع فيه في كل عصر من الاعصار الى امام ذلك العصر اذا ظهر ذلك اليه ووقع فيه الاختلاف ص ﴿ قال مالك في الرجل تكون تحته المرأة ثم ينكح أمها فيصيبها انها تحرم عليه امرأته ويفارقهما جميعا ويحرمان عليه أبدا اذا كان قد أصاب الأم فان لم يصب الأم لم تحرم عليه امرأته وفارق الأم ﴾ ش وهذا كما قال وذلك ان نكاح المرأة على ابنتها حرام فاذا وطئها حرمت عليه الأم لوطئه أمها وحرمت عليه الأم لعقده نكاح ابنتها قبلها فحرمتا عليه جميعا تحريما مؤبدا وان لم يكن أصاب الأم فارقها لانها حرام عليه لتقدم نكاح ابنتها وبقي على نكاح البنت لانه لم يوجد من وطء الأم والالتذاذ بها ما يحرمها ونكاحها يكون على وجهين أحدهما أن يعقد عليهما عقدا واحدا والثاني أن ينكح احداهما بعد الأخرى فان تزوجهما في عقد واحد وقد سمى لكل واحدة منهما صداقا فلا يخلو أن لا يدخل بواحدة منهما أو ان يدخل باحداهما فان لم يكن دخل بواحدة منهما ففي المدونة من قول مالك يفسخ النكاح ولا يقر على واحدة منهما ووجه ذلك انه عقد معاوضة لا يصح امضاؤه على وجهه لفساده فوجب ابطال جميعه أصل ذلك اذا ابتاع ثوبا وخنزيرا في عقد واحد (فرع) وهل له أن يتزوج الأم منهما قال ابن القاسم في المدونة له ذلك قال سحنون وقد قيل انه لا يتزوجها وجه القول الاول انه لم يوجد وطء شبهة ولا عقد نكاح صحيح وانما ينشر الحرمة أحد هذين الأمرين وطء الشبهة أو العقد الصحيح فأما العقد الفاسد بمجرده فلا تأثير له في ذلك كما لا يؤثر في استحقاق شيء من المهر ووجه قول سحنون ان المؤثر في الحرمة أمران العقد والوطء ثم ثبت وتقرر أن وطء الشبهة ينشر الحرمة فكذلك عقد الشبهة (فرع) فان دخل باحداهما وكانت البنت هي المدخول بها فان الأم يتأبد تحريمها ويفرق بينه وبين البنت ويستقبل نكاحها ان شاء بعد الاستبراء وان دخل بالأم تأبد تحريم البنت وفسخ نكاح الأم وكان له أن يتزوجها بعد الاستبراء وعلى رواية سحنون يتأبد تحريم الام أيضا فان دخل بهما تأبد تحريمهما قال ذلك كله مالك في المدونة ووجهه ان وطء كل واحدة منهما بشبهة نكاح يؤبد تحريم الأخرى (مسئلة) ولو أفرد كل واحدة بالعقد فتزوج الأم أولا ثم البنت ولم يدخل بواحدة منهما فانه يفرق بينه وبين البنت ويثبت على نكاح الأم ولو بنى بالبنت لحرمت الام على التأبيد وفرق بينه وبين البنت وكان له أن يتزوجها ان شاء فان بنى بها حرمت عليه على التأبيد قال ذلك كله مالك في المدونة ووجه ذلك ان العقد على الأم لا يحرم البنت ولا يبطل الا بوطء البنت ووطء الأم يؤبد تحريم البنت ووطء البنت بشبهة النكاح يؤبد تحريم الأم (مسئلة) فان تزوج البنت أولا ثم تزوج أمها فلم يبن بواحدة منهما فقد تأبد تحريم الأم بالعقد الصحيح على البنت ويفسخ نكاح الأم ويثبت نكاح البنت وكذلك لو بنى بالبنت دون الأم فان وطئ الأم أو وطئهما فقد تأبد تحريمهما لان بالعقد الصحيح تأبد تحريم الأم وبوطء الأم بشبهة النكاح تأبد تحريم البنت ص ﴿ قال مالك في الرجل يتزوج المرأة ثم ينكح أمها فيصيبها انه لا تحل له أمها أبدا ولا تحل لأبيه ولا لابنه ولا تحل له ابنتها وتحرم عليه امرأته ﴾ ش قول مالك في الرجل يتزوج المرأة ثم ينكح أمها فأصابها فانه لا تحل له أمها وذلك يحتمل معنيين أحدهما أن يكون الضمير في قوله أمها راجعا الى البنت فيكون معنى ذلك ان تزوج الأم آخرا وأصابها لا تحل له أبدا وهذا قد تقدم القول فيه لان عقده على البنت قد حرم عليه الأم على التأبيد فاصابته اياها بالعقد الذي أحدثه بعد ذلك لا يزيل ما تأبد من التحريم والوجه الثاني أن يكون الضمير في قوله فأصابها راجعا الى الأم المتزوجة آخرا ويكون المراد بالأم في قوله أمها جدة البنت

قال مالك في الرجل تكون تحته المرأة ثم ينكح أمها فيصيبها انها تحرم عليه امرأته ويفارقهما جميعا ويحرمان عليه أبدا اذا كان قد أصاب الأم فان لم يصب الام لم تحرم عليه امرأته وفارق الأم * وقال مالك في الرجل يتزوج المرأة ثم ينكح أمها فيصيبها انه لا تحل له أمها أبدا ولا تحل لأبيه ولا لابنه ولا تحل له ابنتها وتحرم عليه امرأته

المتزوجة أولا وهذا أيضا قد ثبت لام الام بالعقد على ابنة ابنتها فلا يزيده عقده على ابنتها و بناؤه بها الا تأكيد التحريم

(فصل) وقوله ولا تحل لابيه ولا لابنه وذلك انها فى حق الأب من حلائل الأبناء وفى حق الابن مما للاب من النساء وقد وجد منه معنيان مؤثران فى تحريم المصاهرة ومنها العقد والوطء فأما العقد فعلى ضربين مباح ومحظور فأما المباح فلا خلاف أن له تأثيرا فى تحريم المصاهرة فاذا عقد الرجل عقد نكاح مباح على المرأة فقد حرمت على أبيه وابنه والأصل فى ذلك ماقدمناه وولد الولد وان سفل وولد البنت وان سفل فى ذلك بمنزلة الابن وأبو الأب وأبو الأم وان علا فى ذلك بمنزلة الأب والرضاع فى ذلك كله بمنزلة النسب فى تحريم حلائل الأبناء وما نكح الآباء من النساء (مسئلة) وأما العقد المكروه وهو المختلف فى جوازه فقد قال ابن القاسم فى المدونة فمن عقد نكاحا مختلفا فيه ثم فسخ قبل البناء انه لا يجوز لابنه أن يتزوجها وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك ان النكاح الفاسد على وجهين أحدهما ما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده كنكاح الشغار الذى سمى مهرا والنكاح بالصداق المجهول أو الى أجل غير مسمى أو الى موت أو فراق أو النكاح بالخمر والخنزير فان هذا كله اذا انعقد به النكاح حرمت الزوجة على أبى الزوج وابنه وان كان النكاح محرما فى كتاب الله تعالى أو سنة رسوله كنكاح الخامسة والنكاح فى العدة ونكاح الأخت على الأخت ونكاح المرأة على عمتها بنسب أو رضاع ونكاح التحليل ونكاح السر فان المرأة بذلك لا تحرم على أبى الزوج ولا على ابنه (مسئلة) فى حكم الوطء بنكاح أو ملك يمين أو زنى فأما الوطء بالنكاح فانه ينشر الحرمة على كل حال حلالا كان أو حراما ولذلك قلنا ان تزويج الأم على ابنتها حرام لا خلاف فيه بعد البناء ومع ذلك فان أصاب الأم فيه تحرم البنت (فرع) والالتذاذ بالمرأة يجرى فى التحريم مجرى المسيس وقد أشار اليه ابن حبيب فى روايته عن مالك فى واضحته ووجه ذلك انه يحرم الربائب فوجب أن يحرم حلائل الابناء وحلائل الآباء كالوطء ص ﴿قال مالك فأما الزنى فلا يحرم شيأ من ذلك لان الله تعالى يقول وأمهات نسائكم فانما حرم ما كان تزويجا ولم يذكر تحريم الزنى فكل تزويج كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة التزويج الحلال فهذا الذى سمعت والذى عليه أمر الناس عندنا﴾ ش قد مضى الكلام فيما يجب من التحريم بالوطء على وجه النكاح وأما الوطء على وجه الزنى فقد اختلف قول مالك فيه فقال فى الموطأ ان الزنى لا يحرم شيأ من ذلك وبه قال الشافعى وهو قول ابن عباس وعروة بن الزبير وأبى ثور وروى ابن القاسم عن مالك فيمن زنى بأم امرأته أو بابنتها انه يفارق امرأته ولا يقيم عليها قال ابن القاسم وكذلك عندى اذا زنى الرجل بامرأة لم ينبغ لابيه ولا لابنه أن يتزوجها أبدا وبه قال أبو حنيفة وعطاء والشعبى والثورى وأحمد والدليل على صحة رواية الموطأ قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم الى آخر الآية ثم قال جل وعز وأحل لكم ماوراء ذلكم ولم يذكر الزنى فى جملة ماوقع به التحريم ودليلنا من جهة القياس ان هذا وطء لا يثبت به التحريم المؤقت فلم يثبت به التحريم المؤبد كاللواط قال القاضى أبو الحسن يريد بالتحريم المؤقت العدة ودليل ثان ان الحرمة حكم من أحكام النكاح الصحيح فلم تثبت بالزنى كالاحصان والنفقة واسقاط الحد استدلوا بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء وصيغة النكاح فى الوطء موضوع للوطء فالظاهر يقتضى لعمومه ان كل امرأة وطئها الأب فقد نهى عن وطئها ابنه والجواب انه لا يجوز اعتبار هذا بالوطء الصحيح وان استويا فى فساد الصوم كما لا يجوز

﴿قال مالك فأما الزنا فانه لا يحرم شيأ من ذلك لأن الله تبارك وتعالى قال وأمهات نسائكم فانما حرم ما كان تزويجا ولم يذكر تحريم الزنا فكل تزويج كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة التزويج الحلال فهذا الذى سمعت والذى عليه أمر الناس عندنا

اعتباره به في التحريم المؤقت وثبوت النسب و وجوب النفقة وجواب آخر وهوان الأكل يجري مجراه في افساد الصوم واللواط يجري مجراه في افساد الحج ولا ينشر شيء من ذلك الحرمة

(فصل) وقول مالك رحمه الله لان الله تعالى يقول وأمهات نسائكم فانما حرم ما كان تزويجا ولم يذكر تحريم الزنى يريد مالك رحمه الله ان لفظ النساء انما يخرج في العرف والعادة الى الزوجات دون من يصاب من النساء على وجه الزنى لان لفظ النساء واقع على كل أنثى ومعلوم انه لم يرد ذلك لثلاثة أوجه أحدها انه قال وأمهات نسائكم وأمهات النساء من النساء فلا يصح أن يراد بلفظ النساء جماعة النساء والوجه الثاني انه لو أراد بذلك جماعة النساء لحرمت كل امرأة لها بنت وهذا باطل باجماع والوجه الثالث ان عرف الاستعمال جار على أن اضافة المرأة الى الرجل تقتضي كونها زوجة له فاذا قال انسان هذه من نساء فلان فهم منه انها من زوجاته وكذلك اذا قال هذه امرأة فلان فهم منه انها زوجته ولذلك قال تعالى يانساء النبي لستن كأحد من النساء والمراد بذلك أزواجه صلى الله عليه وسلم وعلى هذا قال مالك رحمه الله ان المراد بقوله تعالى وأمهات نسائكم تحريم أمهات الزوجات قال ولم يذكر تحريم الزنى يريد لم يتناوله ذكر التحريم ويحتاج في اباحته الى زيادة وهوانه اذا لم يتناوله التحريم فيجب أن يتوقف فيه حتى توجد أدلة الشرع من غير الآية بما يحرمه أو يبيحه وقد تقدم ما يتعلق به في الاباحة والتحريم وهذا على قول من لا يقول بدليل الخطاب وأما على قول من يقول بدليل الخطاب فانه يصح تعلقه بالآية من جهة دليل الخطاب وذلك انه لما علق التحريم على أمهات الزوجات دل ذلك على انتفائه من أمهات غير الزوجات (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالوطء على ثلاثة أقسام مباح ومحرم ووطء شبهة فأما المباح والمحرم فقد بينا حكمهما في هذا الباب وأما وطء الشبهة فقد بلغني عن الشيخ أبي عمران انه قال لا نعلم بين أصحابنا خلافا في انه يحرم الأم والبنت وروى يحيى بن عمر عن سحنون انه اذا وطئ ابنته في الليل يظنها زوجته لم تحرم عليه زوجته

(فرع) ان قلنا ان الوطء على وجه الزنى لا يحرم الأم والابنة فقد قال بعض الصقليين فيمن مر بيده على فخذ ابنته يظنها امرأته تحرم عليه زوجته ولو علم انها ابنته وتعمد ذلك دخله الخلاف فيمن زنى بختنته هل تحرم عليه امرأته وبلغني عن الشيخ أبي عمران انه قال ان كانت الملموسة ممن يمكن أن يتلذذ بها حرمت عليه امرأته لانا لا نعلم خلافا بين أصحابنا في وطء الشبهة انه يحرم واختلف في ذلك قول الشيخ أبي محمد وكان أبو سعيد بن هشام وأبو القاسم بن شبلون وأبو القاسم الطائي يقولون لا يقع بهذا تحريم

(فصل) وقوله رحمه الله وكل تزويج كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة التزويج الحلال يريد انه اذا كان عقد التزويج على وجه النكاح المباح وان لم يكن مباحا في نفسه لكنه قصد به النكاح فان اصابة الزوجة فيه تنشر من الحرمة ما تنشر الاصابة من التزويج الحلال وقد قال ابن حبيب وكل وطء حرام في هذا الباب أو غيره كان بنكاح شبهة أو جهالة فالحد فيه ساقط والولد فيه لاحق وما كان يتعمد بغير وجه شبهة نكاح ولا ملك فالحد فيه واقع والولد ساقط ومعنى ذلك عندي أن يتزوج وهو يعلم ان ما يعقده لا يستباح به البضع والله أعلم

﴿ نكاح الرجل أم امرأة قد أصابها على وجه مما يكره ﴾

ض ﴿ قال مالك في الرجل يزني بالمرأة فيقام عليه الحد فيها انه ينكح ابنتها وينكحها ابنه ان شاء

﴿ نكاح الرجل أم امرأة قد أصابها على وجه ما يكره ﴾
﴿ قال مالك في الرجل يزني بالمرأة فيقام عليه الحد فيها انه ينكح ابنتها وينكحها ابنه ان شاء

وذلك انه أصابها حراما وانما الذى حرم الله تعالى ما أصيب بالحلال أو على وجه الشبهة بالنكاح * قال مالك قال الله تبارك وتعالى اسمه ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء *قال مالك فلو أن رجلا نكح امرأة فى عدتها نكاحا حلالا فأصابها حرمت على ابنه أن يتزوجها وذلك ان أباه نكحها على وجه الحلال لا يقام عليه فيه الحد ويلحق به الولد الذى يولد فيه بأبيه وكما حرمت على ابنه أن يتزوجها حين تزوجها أبوه فى عدتها وأصابها فكذلك تحرم على الأب ابنتها اذا هو أصاب أمها * ش قوله رحمه الله فى الرجل يزنى بالمرأة فيقام عليه الحد فيها انه ينكح ابنتها على ما تقدم من ان وطء الزنا لا ينشر الحرمة وان زنى بامرأة فله أن يتزوج ابنتها سواء أقيم عليه الحد فى أمها أو لم يقم ولا يخلو أن تكون ابنتها مخلوقة من غير مائه أو مخلوقة من مائه فان كانت مخلوقة من غير مائه مثل أن تكون ابنة من غيره من نكاح أو سفاح فهو الذى تقدم القول فيها انها لا يجوز له أن يتزوجها وقد تقدم من قول مالك فى المدونة والواضحة ان من زنى بالأم حرمت عليه ابنتها وتقدم الكلام فى ذلك يغنى عن اعادته (فرع) فان قلنا بالمنع من ذلك فتزوج البنت بعد الزنى بالأم فقد قال ابن القاسم فى المدونة تفارقه ولم يقل يقضى عليه بذلك وقال ابن المواز انه لا ينبغى له ذلك فان فعل جاز ولم أحكم عليه بالفراق وقد كرهه مالك وأجازه

(فصل) واذا قلنا بالاباحة وكانت البنت مخلوقة من مائه مثل أن يكون زنى بها فحملت منه وولدت جارية فأراد أن يتزوجها فقد حكى القاضى أبو الحسن أن ذلك جائز له قال وبه قال الشافعى وهذا الذى قاله القاضى أبو الحسن قد قال به من أصحابنا المتقدمين عبد الملك بن الماجشون وقال أبو حنيفة هى حرام عليه لا يجوز له أن يتزوجها واختلف أصحابه فى علة التحريم فبعضهم يقول حرمت عليه لانها ربيبة بنت امرأة وطئها بزنا والزنا عندهم يحرم عليه الام والبنت وينشر تحريم المصاهرة فعلى هذه العلة يجوز لأخى الزانى أن يتزوجها وكان أبو بكر الرازى يقول انها حرمت عليه لانها ربيبة وخلقت من مائه فعلى هذه العلة لا يجوز لأخى الزانى أن يتزوجها لانه عمها ودليلنا ان هذا معنى لا يوجب نسبا ولا تحريم مصاهرة فلم يمنع النكاح بين الأحرار والمشهور من المذهب ان ذلك غير جائز قال سحنون فى قول ابن الماجشون هذا خطأ صراح وما علمت من قاله من أصحابنا معه وقال ابن المواز لا يتزوج ابنته من الزنا وأباه أصبغ وابن عبد الحكم فى ظنى ومكروهه بين ووجه ذلك انها من زنا يحرم الولد على من ولده كالولد يحرم على الام وهو معنى ما تقدم من أنها خلقت من مائه

(فصل). وقوله وينكحها ابنه ان شاء يريد لانه أصابها حراما وقد قال فى المدونة ليس لابنه أن يتزوجها وقد تقدم الكلام فى مثل ذلك

(فصل) وقوله وانما الذى حرم الله تعالى ما أصيب بالحلال على وجه شبهة النكاح يريد ان ما كان من الوطء على هذا الوجه فهو الذى يقع به التحريم من جهة المصاهرة دون ما يكون من لفظ الحرام ويقتضى قوله ذلك ان الوطء فى شبهة النكاح حلال ولذلك قال ما أصيب بالحلال على وجه شبهة النكاح ومعنى ذلك انه حلال من جهة القصد ولو أن رجلا تزوج امرأة بشبهة نكاح فوطئها حائضة أو محرمة أو صائمة لنشر هذا الوطء عندى الحرمة وان لم يكن مباحا بل هو وطء حرام محظور لكن تحريمه ليس لتعريه عن شبهة النكاح وانما هو بمعنى غيره والله أعلم .

(فصل) وقول مالك رحمه الله قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء وهذه الآية ذكر القاضى أبو اسحق عن جماعة من أهل العلم ان عقد الرجل على المرأة يحرمها على ابنه دون

أستمتاع ولابناء وهو مذهب مالك وانما راعى الاستمتاع والوطء فى العقد الفاسد وقال القاضى أبو اسحق فى قوله تعالى الاماقد سلف يريد والله أعلم سلف قبل التحريم فهم غير مؤاخذين به والله أعلم

(فصل) فلو أن رجلا نكح امرأة فى عدتها نكاحا حلالا يريد ان عقد النكاح وقع على الوجه المباح وجود الولى والايجاب والقبول وصحة المهر وغير ذلك من شروط الصحة وأوصافها فان لم يكن مباحا من جهة العدة قال فأصابها حرمت على ابنه أن يتزوجها ووجه ذلك ان الوطء وجد منه فى شبهة النكاح فأوجب ذلك تحريم الموطوءة على ابن الواطئ قال مالك وذلك ان أباه نكحها على وجه الحلال لايقام فيه الحد ويلحق به الولد الذى يولد فيه بأبيه يريد أن أحكام النكاح الصحيح ثابتة فى هذا النكاح اذا أصيب به وان كان فاسدا لمصادفة زمن العدة وتحريم المصاهرة من أحكام النكاح الصحيح فوجب أن يثبت بالاصابة فيه وانما يريد انه غير عالم بأنها معتدة أو عالم بالتحريم فأما اذا كانا عالمين بالتحريم فان حكمه عندى يحتمل من الخلاف ماذكر قبل هذا فى تحريم التأبيد والله أعلم

(فصل) وقوله وكما حرمت على ابنه أن يتزوجها حين تزوجها أبوه فى عدتها وأصابها فكذلك تحرم على الأب ابنتها اذا هو أصاب أمها يريد ان ثبوت بعض التحريم فى هذا النكاح يقتضى ثبوت سائره

﴿ جامع مالا يجوز من النكاح ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار الشغار هو النكاح المذكور فى الحديث وهذا يقتضى تحريم نكاح الشغار وفساده فيجب ان وقع أن يفسخ قال الشيخ أبو الحسن انما اختلف قول مالك فى الشغار لاختلاف الناس فى معنى الشغار لان المتفق عليه من لفظ الحديث هو قوله نهى عن الشغار وباقى الحديث يجعلونه من تفسير نافع قال الشيخ أبو عمران لاخلاف فى المنع من العقد وانما الخلاف فى فسخه لاختلافهم فى أن النهى يقتضى فساد المنهى عنه والله أعلم وبقول مالك فيه قال عطاء والشافعى وروى عن أنس وقال أبو حنيفة الشغار جائز وفيه مهر المثل والدليل على ما نقوله نهيه صلى الله عليه وسلم عن الشغار والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ودليلنا من جهة القياس ان هذا ملك بضع ابنته شخصين الناكح وابنته وذلك يوجب فساد العقد كما لو زوج ابنته من رجلين (فرع) اذا قلنا انه يفسخ ان وقع ففى المدونة عن ابن القاسم انه يفسخ قبل البناء وبعده وان ولدت الأولاد قال وقال مالك يفسخ على كل حال وقد روى على بن زياد عن مالك فى غير المدونة يفسخ قبل البناء ولا يفسخ بعده * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والأظهر عندى أن يكون الخلاف فى هذا مبنيا على اختلاف قول مالك فى فسخ النكاح بغير مهر بعد البناء وقد أشار اليه القاضى أبو اسحق وقد يحمل عليه غير هذا مما نبينه والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا لم يكن فى الجنبتين ذكر مهر فان كان فيهما ذكر مهر مثل أن يقول أزوجك ابنتى بمائة على أن تزوجنى ابنتك بمائة فالمشهور من المذهب انه لا يجوز وفى المدنية من رواية عبد الرحمن بن دينار عن أبى حازم فى الرجل يزوج الرجل ابنته وينكحه الآخر ابنته ويضع كل واحد منهما من الصداق لصاحبه انه لا بأس بذلك ولو وضعا الصداق كله كان شغارا ووجه القول الأول انه قد جعل بضع كل واحدة من البنتين ملكا للزوج الذى

﴿ جامع مالا يجوز من النكاح ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق

تزوجها والبنت الاخرى ملك الزوج بالنكاح وملكته الاخرى لأنه بعض مهرها وذلك يمنع صحة النكاح ووجه الرواية الثانية أنه قد سمى لكل واحدة من البضعين ما يصح أن يكون مهرا فخرج بذلك عن أن يكون الآخر عوضا منه فصح العقد والله أعلم (فرع) فاذا قلنا برواية المنع ففي المدونة أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده والفرق بينه وبين حقيقة الشغار اذا قلنا بقول ابن القاسم انه يفسخ بعد البناء أن في العقد ما يصح أن يكون مهرا وشرطا يكون معه ما لا يصح أن يكون مهرا فدخل الفساد بذلك في المهر وحكم ذلك أن يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وأما اذا عرا عن المهر فالفساد في العقد لما قدمناه والله أعلم (مسئلة) فان سمى لاحداهما مهرا ولم يسم للاخرى مهرا مثل ان يقول أزوجك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك دون مهر فسخ العقدان قبل البناء ويفسخ بعد البناء عقد التي لم يسم لها مهر ويثبت عقد الأخرى ووجه ذلك ما قدمناه من الفرق بين التي سمى لها مهر والتي لم يسم لها مهر والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالفساد دخل في النكاح لفساد العقد ولفساد المهر فأما فساد العقد فمثل نكاح المتعة ونكاح الشغار على أحد القولين فاذا تعلق الفساد بالنكاح لعقده فسخ قبل البناء وبعده ووجب فيه بالدخول المهر المسمى وفي المدونة في النكاح الذي ينعقد على الخيار روايتان احداهما يفسخ قبل البناء وبعده والثانية يفسخ قبل البناء ويثبت بعده والفساد في هذا النكاح من جهة العقد فيجب أن يكون ذلك على روايتين والله أعلم (فصل) وقوله والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ظاهره أنه من جملة الحديث وعليه يحمل حتى يرد ما يبين أنه من قول الراوي وقد تقدم الكلام فيه (مسئلة) والشغار في الاختين كالشغار في الابنتين والامتين وهو ظاهر المدونة وقد قال بعض الناس ان ذلك يختص بالابنتين البكرين وهما من لا يعتبر برضاه في النكاح ويجبر عليه وأما من يعتبر رضاه فلا يدخله الشغار وانما هي كالتي تتزوج بغير صداق فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده على الاختلاف في ذلك وفي المدونة اثبات حكم الشغار في المولاتين والمولاتان لا يجبران على النكاح ولو سلم له ما قاله لزمه أن لا فرق بين نكاح الشغار وبين النكاح بغير صداق من الوجه الذي ذكره لأن الخلاف في فسخ نكاح الشغار بعد البناء موجود كما هو في فسخ النكاح والله أعلم ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عبد الرحمن ومجمع بن يزيد بن حارثة الانصاري عن خنساء بنت خدام الانصارية ان أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها * ش قوله ان أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك يريد ان أباها عقد نكاحها وهي ثيب دون أن يستأذنها وذلك يكون على ضربين أحدهما أن يعقد نكاحها ويوقفه على اجازتها والثاني أن يعقد نكاحها ويلزمها اياه وان كرهت ذلك فأما النكاح الموقوف فقد حكى القاضي أبو الحسن أن قول مالك اختلف فيه فأجازه مرة اذا أجيز بالقرب وقال مرة انه لا يجوز وقال أبو حنيفة في النكاح الموقوف ينعقد ويقف على الاجازة فان وجدت الاجازة صح ونفذ وان لم تقع الاجازة بطل كقولنا وقال الشافعي لا يجوز النكاح الموقوف بوجه والدليل على صحة جواز النكاح الموقوف من جهة القياس أن كون النكاح موقوفا على اجازة مجيز لا يمنع صحته أصل ذلك اذا كان موقوفا على القبول ودليل ثان أن هذا عقد يصح أن يقف على الفسخ فجاز أن يقف على الاجازة كعقد الوصية (مسئلة) اذا قلنا بصحة النكاح الموقوف فصفة النكاح الموقوف الذي ذكره أصحابنا في المدونة وغيرها أن يعقد الولي على وليته ويشترط اجازتها ويذكر انه لم يستأذنها

* وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عبد الرحمن ومجمع ابني يزيد بن جارية الانصاري عن خنساء بنت خدام الانصارية أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها

بعدوانه قد أمضى ما بيده من ذلك وانها ان أجازت فالنكاح من قبل الولى قد نفذ وقال القاضى أبو الحسن انه يصح ان ينعقد النكاح الموقوف على اجازة الولى أو اجازة الزوج أو اذن المرأة فيه وقد ذكرنا صفته وقفه على اذن المرأة وهو الذى يذكر أصحابنا جوازه (فرع) اذا قلنا بجواز النكاح الموقوف فانه على ضربين أحدهما أن يعقد الولى ما اليه من العقد ويفعل مثل ذلك الزوج ويبقى ما الى الزوجة من ذلك وكذلك لو أنفذ الزوج ما اليه من القبول وبقى العقد موقوفا على الايجاب فهذا موقوف أحد طرفيه على الآخر والثانى أن يكمل الولى العقد عن نفسه وعن المرأة على ان للمرأة الخيار فهذا موقوف طرفاه على الخيار وقال القاضى أبو الحسن لا فرق فى القياس بين اجازته بالقرب أو بعد البعد وانما استحسن فسخه اذا بعد واجازته اذا قرب لأن اليسير يجوز فى الاصول كيسير العمل فى الصلاة وهذا الذى قاله صحيح فى النكاح الموقوف طرفاه على الاجازة لا فرق بين قرب الاجازة ولا بعدها فى النكاح وكذلك قال القاضى أبو الحسن ان القياس عندى أنه لا يجوز النكاح الموقوف بخلاف البيع الموقوف لأن النكاح ينافيه الخيار ولا ينافى البيع وما قاله بعد ذلك من أن اجازته فى قريب المدة دون بعيدها استحسان كاجازة يسير العمل فى الصلاة دون كثيره فان ذلك عندى فيه نظر وذلك أن اجازة يسير العمل فى الصلاة دون كثيره ليس من الاستحسان الذى ذهب اليه بل هو الحق الواجب والفرض اللازم والقياس الصحيح الثابت وذلك أن العمل الكثير ينافى الصلاة باجماع لأن من حكمها وفروضها الاتصال والعمل الكثير يمنع من ذلك ويسير العمل لا يمكن الاحتراز منه فلذلك فرق بين يسير العمل وكثيره فى الصلاة والنكاح الموقوف طرفاه على الاجازة قد وجد جميعه فان كان وقع عقده صحيحا فيجب أن يجوز طالت مدته أو قصرت وان كان وقع فاسدا فقد فسد فى الوجهين ولذلك قلنا انه يجوز البيع الموقوف وان طالت المدة وانما يفترق ذلك فى النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر لأن من سنة النكاح اتصال أحد طرفيه بالآخر ولا بد فى ذلك من يسير مهلة لانه لا يستطاع أن يؤتى بالقبول بعد الايجاب بغير فصل ولا يفسده تأخر المدة اليسيرة فلذلك كان كثير المدة يمنع انعقاده ويسيرها لا يمنع ذلك كالعمل فى الصلاة (فرع) اذا ثبت ذلك فيجب أن يكون فى النكاح الموقوف طرفاه على الاجازة قولان أحدهما الجواز على كل وجه والثانى المنع على كل وجه وهو الصحيح عندى وقد اختاره القاضى أبو الحسن وأما النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر ففى كراهية ما قرب منه قولان قد تقدم ذكر من أجازه وروى أبو زيد فى العتبية قول ابن القاسم فى الجارية يزوجها الولى على ان رضيت قال يفسخ ذلك وان كانت قريبة قيل فان دخل بها قال ما أدرى كأنه ضعف الفسخ بعد البناء ولم يره ولا خلاف على هذا فى صحته وانما الخلاف فى كراهيته وفيما بعد من المدة قولان أحدهما الجواز والآخر الابطال والله أعلم (فرع) فاذا قلنا انه يجوز فى قصير المدة دون طويلها فقد روى ابن حبيب عن مالك فى الرجل يزوج ابنته أو البكر أو الثيب ولا يستأمرها ثم يستأمرها سرا أو يبلغها فترضى فان كان ذلك بقرب تزويجه وكانت معه فى البلد أو الموضع فان ذلك جائز وان كانت بغير البلد أو كانت بعيدة عن موضعه وان جمعهما البلد أو تباعد ما بين تزويجه اياها بغير أمرها وبين ان علمت فرضيت وان جمعهما البلد والموضع فلا يجوز بشرط ثلاثة معان اجتماعهما فى البلد والموضع وقرب مدة الرضا ولم يعتبر مقدار القرب فى مدة الرضا وقال عن مالك فى الذى يزوج ابنه الكبير الحاضر بغير علمه انه ان رضى بحدثان العقد فانه يجوز وان كان رضاه بعد ذلك باليوم أو

الأيام فذلك غير جائز وفى العتبية من سماع ابن القاسم فيمن زوج أخته أو ابنته البكر وهى معه فى البلد مقيمة ثم تخير فترضى ان مالكا أجازه واذا كانت ثابتة عنده فى البلد فلما علمت رضيت لم يجز هذا النكاح قيل لسحنون ما معنى قوله معه فى البلد أن يكونا فى حصن واحد او هى بعيدة والبلد يجمعهما فقال بل فى حصن واحد أو بينهما قريب من البريد واليوم وشبهه والقلزم من مصر ما هو بكثير و بينهما يومان اذا أرسل اليها فى فور ذلك فأجازت فأما مثل الاسكندرية واسوان فلا يجوز ذلك وان أجازته وقاله أصبغ فالخلاف بين رواية ابن حبيب وقول سحنون فى موضعين أحدهما ان ابن حبيب شرط فى صحة ذلك أن يكونا فى موضع واحد من البلد يريد الحصن الواحد أو القرية ولم يشترطه سحنون وجوز ذلك وان لم يكونا فى موضع واحد منه والثانى ابن حبيب جعل اليوم الواحد فى حيز الكثير المانع من صحة العقد وجعل سحنون اليوم واليومين فى حيز القليل والكثير الخمسة الأيام والثمانية والله أعلم (فرع) وأما القولان فى طويل المدة فقد روى ابن حبيب عن مالك فى الذى يزوج ابنته الثيب البائنة عنه فترضى اذا بلغها ما فعل أبوها انه لا يقام على ذلك النكاح قبل البناء ولا بعده ولاصبغ فى ذلك قولان فى كتاب محمد أحدهما انه يفسخ بعد البناء كقول مالك والثانى انهما يؤمران بالفسخ قبل البناء ولا يجبران عليه قال أصبغ وقد اختلف قول مالك فيه فقال ان أجازته جاز وقال أيضا لا أحب المقام عليه ووجه رواية ابن حبيب انها مبنية على ان تأخير أحد طرفى النكاح عن الآخر المدة الطويلة يوجب فساده لانه نوع من الخيار الذى ينافى النكاح لانه خارج عن المعتاد من ابطال أحد طرفى العقد بالآخر أو مقارنته له ووجه قول أصبغ فى منع الجبر على الفسخ انه مبنى على تجويز هذا النكاح على كراهيته وذلك ان الخيار الذى ينافى النكاح انما هو الخيار بعد وجود طرفى النكاح وأما الخيار بعد وجود أحد طرفيه لمن بيده الطرف الآخر من الايجاب أو القبول فلا يصح أن يعدى النكاح منه واذا لم يصح وجوده دونه لم تصح منافاته له كخيار الرد بالعيب (فصل) وقوله وهى ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها ظاهر فى انه ليس للاب أن يزوج ابنته الثيب الا باذنها ورضاها وهذا حكم الأب وان كانت ثيبا سفيهة غير مالكة أمرها فى مالها فانها تملك أمر نكاحها وكذلك سائر الأولياء معها لانه اذا كان هذا حكم الأب الذى يملك النظر فى ماله فبأن لا يملك غيره اجبارها أولى وهذا الجبر ورد فى حكم خنساء بنت خدام كانت تحت أنيس بن قتادة الأنصارى فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها من رجل من بنى عمرو بن عوف فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم نكاحها لما كرهته ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذرى ص ﴿مالك عن أبى الزبير المكى ان عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه الا رجل وامرأة فقال هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت﴾ ش قوله أتى بنكاح لم يشهد عليه الا رجل وامرأة يريد انه انفرد بالشهادة عليه رجل وامرأة ولم يشهد به سواهما وفى هذا بابان * أحدهما مقارنة الشهادة لعقد النكاح * والثانى ذكر من يثبت بشهادته عقد النكاح

(الباب الأول فى مقارنة الشهادة لعقد النكاح)

أما مقارنة الشهادة لعقد النكاح فلا خلاف انه الأفضل لاختلاف الناس فى عد ذلك عندنا شرطا فى صحة النكاح ويجوز عندنا أن ينعقد النكاح بغير شهادة ثم يقع الاشهاد به بعد ذلك وبه قال عبد الله بن عمر وعروة بن الزبير وعبد الله بن الزبير والحسن بن على ومن المحدثين عبد الرحمن بن مهدى ويزيد بن هارون وقال أبو حنيفة لا بد من شاهدين وان كانا فاسقين أو أعميين أو محدودين

* وحدثنى عن مالك عن أبى الزبير المكى أن عمر ابن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه الا رجل وامرأة فقال هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت

في قذف و يجوز فيه رجل وامرأتان وقال الشافعي من شرط صحة النكاح مقارنة الشهادة لعقده فان عرا عن الشهادة حين العقد وجب فسخه لفساده وأقل ذلك شاهدا عدل و به قال الأوزاعي والثوري وابن حنبل وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن البصري والنخعي والدليل على مانقوله على مارواه البخاري قال حدثنا قتيبة قال حدثنا اسمعيل بن جعفر عن حميد عن أنس أقام النبي صلى الله عليه وسلم بين خيبر والمدينة ثلاثا يبنى عليه بصفية بنت حيي ودعوت المسلمين الى وليمته فما كان فيها من خبز ولا لحم أمر بالانطاع فالقى فيها من التمر والاقط والسمن فكانت وليمته فقال المسلمون احدى أمهات المؤمنين أو مما ملكت يمينه فقالوا ان حجبها فهي من أمهات المؤمنين وان لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه فلما ارتحل وطأ لها خلفه ومد الحجاب بينها و بين الناس فوجه الدليل من هذا الحديث ان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قالوا ان حجبها فهي من أمهات المؤمنين ولو كان أشهد على نكاحها لعلموا ذلك بالاشهاد ودليلنا من جهة القياس ان هذا عقد لاستباحة البضع فلم يفتقر الى الشهادة كالرجعة وشراء الأمة ودليل ثان فان هذا عقد على منفعة فلم تكن مفارقة الشهادة شرطا في صحته كالاجارة (مسئلة) واذا عقد النكاح ولم يحضره شهود ثم أقروا وأشهدا عليه قبل البناء لم يفسخ النكاح وان بنى ولم يشهدا فقد روى محمد عن أشهب عن مالك يفرق بينهما ورواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك ان تعرى عقد النكاح من الشهادة لاذريعة فيه الى الفساد وتعرى الوطء والبناء من الشهادة فيه الذريعة الى الفساد فمنع منه لذلك ولو جاز لكل من وجد مع امرأة في خلوة أوأقر بجماعها أن يدعي النكاح لارتفع حد الزنا عن كل زان والتعزير في الخلوة فمنع من ذلك ليرتفع هذا المعنى فتى وقع البناء على الوجه الممنوع فسخ ماادعى من النكاح قال ابن القاسم ان دخل ولم يشهدا الاشاهدا واحدا فسخ النكاح ويتزوجها بعد أن تستبرئ بثلاث حيض ان أحب (فرع) وهل عليهما حد لما تقدم من المسيس روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ انه ان كان أمرهما درء الحد عنهما عالمين كانا أو جاهلين والشاهد الواحد على نكاحهما أو معرفة بنائهما باسم النكاح وذكره واظهاره كالأمر الفاشي من نكاحهما قال ابن حبيب وقد كان ابن القاسم يقول ان كانا ممن لايعذر ان بجهالة حدا وان كان أمرهما فاشيا وجه قول ابن الماجشون ان الافشاء في النكاح والاعلان به أبلغ في اظهاره من الاشهاد لانه لو انفرد الاشهاد واقترن به الكتمان لفسد العقد و بالاعلان يفارق صفة الزنا و يمتنع فساده فاذا وجد الاعلان به انتفى الحد ووجه قول ابن القاسم أن الافشاء والاظهار اذا قصر عن الثبوت فهو في حكم الكتمان والاستسرار الذي يفسد به العقد مع انه لايعلم الامام الذي يرفع اليه ذلك فشق هذا الأمر الا ببينة تشهد عنده بذلك والله أعلم

(الباب الثاني في صفة من يثبت النكاح بشهادته)

لايثبت بأقل من شاهدين من الرجال ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين والدليل على مانقوله قوله تعالى في الطلاق وقيل في الرجعة واشهدوا ذوي عدل منكم والأمر يقتضي الوجوب ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى يثبت حكما في البدن فاذا لم يثبت بشهادة النساء بانفرادهن لم يثبت بشهادتهن مع الرجال كالحدود والقصاص ودليل ثان وهو ان هذا جنس لايثبت النكاح باثنين منه فلم يكن له مدخل في الشهادة به كالعبيد والفساق

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه هذا نكاح السر ولا أجيزه يقتضي ان هذا من جملة النكاح غير

ان تعليله لمنعه بانه من نكاح السر وقد اختلف الفقهاء في نكاح السر فمنع منه مالك وقال انه يفسخ ان وقع و به قال الزهري و يحيى بن سعيد الانصاري وقال أبو حنيفة والشافعي لا يفسخ واستدلال أصحابنا في ذلك بما رواه عبد الله بن وهب أخبرني عبد الله بن الاسود القرشي عن عامر بن عبد الله ابن الزبير عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أعلنوا بالنكاح ودليلنا من جهة المعنى انه لا خلاف ان الاستسرار بالنكاح ممنوع لمشابهة الزنا الذي يتواطأ عليه سرا فيجب أن لا يجوز النكاح الا على وجه يتميز من الزنا ولذلك شرع فيه ضرب من اللهو والوليمة لما في ذلك من الاعلان فيه (فرع) اذا ثبت ذلك فان الذي يراعى فيه ترك التواطؤ على الكتمان ومعنى ذلك عقده دون ذكر كتمان ولا اعلان فتى عقد على هذا فهو عقد صحيح حتى يقترن به التواطؤ على الكتمان وقد اتفقنا على انه لا بد من ان يقترن بعقد النكاح أحد أمرين الاشهاد عند من يخالفنا أو ترك التواطؤ على الكتمان عندنا وقد اتفقنا على ان النكاح يختص بهذا المعنى دون سائر العقود وكل ما يلزمنا المخالف في مسئلتنا هذه يلزمه مثله في مسئلة مقارنة الاشهاد لعقد النكاح والأحاديث في ذلك متقاربة الأسانيد لا يكاد يصح شئ منها وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وما شاع منه بحضرة الصحابة يقوي المنع من الكتمان و يرجح من جهة المعنى فانه لا بد من مراعاة صفة يتميز بها النكاح من السفاح ونحن لا نراعي نفي الكتمان لانه من أحكام أسباب الزنا الذي لا يكاد يفارقها و يراعي الاشهاد به في صحة الوطء ومفارقته للزنا فكان ذلك أولى ممن مراعاة الاشهاد في نفس العقد خاصة لانه لا فرق بين الاشهاد في نفس العقد أو بعده وتصحيح الوطء والتمييز بينه و بين وطء الزنا ووجه ثان من الترجيح وهو انا لا نشترط زيادة على اطلاق العقد في صحته وانما نتقي احداث صفة تشابه صفة الزنا وهي التواطؤ على الكتمان والشافعي يقول ان اطلاق العقد لا يصح عنده حتى يشترط معنى آخر وهو الاشهاد و يصح اذا اتفقا على صفة ليست من مقتضى العقد و بها يشابه الزنى وهي الكتمان فكان ما قلناه أولى لان كل عقد صحيح في الشريعة فان اطلاقه العقد مع من يصح عقده منه يقتضي الصحة كالبيع والاجارة والمساقاة وغيرها (فرع) وكل نكاح استكتمه شهوده فهو من نكاح السر وان كثر الشهود رواه ابن حبيب وعمر عن مالك قال عيسى سمعت ابن القاسم في المسجد الجامع بمصر يقول لو شهد عليه من الرجال على هذا المسجد ثم استكتموا كان نكاح سر قال أصبغ وهو الحق و روى ابن مزين عن يحيى بن يحيى قال لا يكون نكاح السر الا في مثل الذي وقع بعهد عمر بن الخطاب رجل وامرأة فأما أن يشهد فيه رجلان عدلان فصاعدا فهو نكاح حلال جائز وان استكتم ذلك الشهود لانه اذا علمه عدلان فصاعدا فليس بسر و به قال الشافعي ووجه القول الأول انه معقود على الكتمان الذي ينافي النكاح و يشابه التسبب الى الزنى وان اتفق الزوجان والاولياء على الكتمان ولم يعلم بذلك الشهود فهو نكاح السر قاله ابن حبيب ووجهه ما قدمناه

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت قال ابن حبيب انما هذا من عمر رضي الله عنه على وجه التشديد في الزجر عنه والمنع منه ولا رجم ولا حد اذا وقع ولكن العقوبة وروى محمد عن ابن وهب يعاقب الشاهدان ان أتيا ذلك عن معرفة انه لا يصلح وان جهلا ذلك لم يعاقبا زاد ابن حبيب ويعاقب الناكح والمنكح * قال القاضي أبو الوليد و يحتمل عندي في قول عمر رضي الله عنه أنه يوجب الحد فيه اذا لم يقع الاشهاد به وظهر بهما بعد البناء والاقرار بالوطء من غير اعلان ولا اشهاد وكذلك روى ان قول عمر انما كان في امرأة مولدة تزوجها ربيعة بن أمية الجمحي نكاح

سرفحملت منه فدرأ عنهما الحد عمر رضى الله عنه لما لم يكن تقدم فى ذلك ولما قدر بهما من الجهل بمنعه فيكون قول عمر لو كنت تقدمت فيه لرجمت بمعنى انه لو تقدم فى ذلك تقدما لمنع هذين الناكحين علمه ولا يكونان ممن يجهل حكمه فيه لرجمتهما لما ظهر من حمل المرأة دون بينة تشهد بعقد النكاح

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن سليمان بن يسار ان طليحة الاسدية كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها فنكحت فى عدتها فضربها عمر بن الخطاب رضى الله عنه وضرب زوجها بالمخفقة ضربات وفرق بينهما ثم قال عمر بن الخطاب أيما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب فان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا قال مالك وقال سعيد بن المسيب ولها مهرها بما استحل منها ﴾ ش قوله ان طليحة الاسدية كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها فنكحت فى عدتها يريد انه طلقها بعد البناء بها ويحتمل أن يكون طلاقها رجعيا ويحتمل أن يكون بائنا فان كان طلاقها رجعيا فان نكاح غيره لها ممنوع فى العدة منه وان كان طلاقه اياها بائنا فان نكاح غيره ممنوع فى عدتها ونكاحه ممنوع فى العدة وبعدها حتى تنكح زوجا غيره والاصل فى ذلك قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ومعناه التربص عن النكاح

(فصل) وقوله فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بالمخفقة ضربات يريد على وجه العقوبة لهما لما ارتكباه من المحظور وهو النكاح فى العدة وقد قال ابن حبيب فى التى تتزوج فى العدة فيمسها الزوج أو يقبل أو يباشر أو يغمز أو ينظر على وجه اللذة ان على الزوجين العقوبة وعلى الولى وعلى الشهود من علم منهم انها فى عدة ومن جهل منهم ذلك فلا عقوبة عليه وقال ابن المواز على الزوجين الحد ان كانا تعمدا ذلك فيحتمل قول ابن حبيب على من علم بالعدة ولعله جهل التحريم ولم يتعمد ارتكاب المحظور فذلك الذى يعاقب وعلى ذلك كان ضرب عمر رضى الله عنه المرأة وزوجها بالمخفقة ضربات وتكون العقوبة والذنوب بحسب المعاقب ويحمل قول ابن المواز على انهما علما التحريم وتقحما ارتكاب المحظور جرأة واقداما واستخفافا وقد قال الشيخ أبو القاسم انهما روايتان فى المتعمد احداهما يحد والثانية لا يعاقب ولا يحد

(فصل) وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه أيما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب فأمر بذلك عمر بن الخطاب على سبيل تعليم من يجهل ذلك والتقديم الى الناس فيه والزجر لهم عنه ثم بين حكم غير المدخول بها من حكم المدخول وذلك أن التفريق بينهما لازم فى الوجهين لان العقد صادف زمن العدة فكان فساده فى عقده

(فصل) وقوله ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول يقتضى أن تكون الفرقة قبل انقضاء العدة ولو لم يقع الفسخ الا بعد انقضاء العدة لما كان عليها عدة

(فصل) وقوله ثم كان خاطبا من الخطاب يريد ان مجرد العقد لا يتأبد به التحريم قال القاضى أبو محمد عن مالك فى ذلك روايتان احداهما مثل قول عمر بن الخطاب والثانية ان التحريم يتأبد بمجرد العقد قال ووجه القول الأول ان هذا لم يدخل بشبهة فى النسب فلم يتأبد تحريمه أصله اذا واعد ولم

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن سليمان بن يسار أن طليحة الاسدية كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها فنكحت فى عدتها فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بالمخفقة ضربات وفرق بينهما ثم قال عمر بن الخطاب أيما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب فان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا قال مالك وقال سعيد بن المسيب ولها مهرها بما استحل منها

بعقد قال ولان مجرد العقد الفاسد لا يتعلق به التحريم المؤبد حتى يقارنه الوطء أصله اذا كانت تحته امرأة فتزوج ابنتها ولم يطأها وهذا الدليل الذي أورده القاضي أبو محمد غير مسلم والخلاف في أصله كالخلاف في المسئلة التي أراد اثباتها قال القاضي أبو محمد ووجه القول الثاني ان هذا نكاح في عدة فوجب أن يتأبد به التحريم أصله اذا بنى بها وأيضا مامنع حسما للباب استوى قليله وكثيره كشهادة الأب لابنه

(فصل) وقوله رضي الله عنه وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر يريد أنه ان دخل بها الذي تزوجها في عدة الأول فانه يفرق بينهما ثم تعتد عدتها من الأول فاذا انقضت استأنفت عدة من الثاني وقد اختلف قول مالك في ذلك فروى محمد عن ابن القاسم وابن وهب عن مالك ان عدتها من الثاني تكفيها من يوم فرق بينه وبينها وبه قال أبو حنيفة والرواية الثانية عنه انها اذا انقضت عدتها من الأول استأنفت عدة من الثاني وبه قال الشافعي وجه الرواية الاولى وهي الأظهر عندي قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن جهة القياس انه أجل فجاز أن ينقضي بمضي مدة واحدة في حق اثنين أصله أجل الدين ومن جهة الاستدلال ان العدة من حقوق النكاح وحال بقاء النكاح آكد وأقوى ومعلوم أن الوطء بشبهة اذا طرأ مع قيام النكاح لم يمنع النكاح من أن يتعقب العدة الوطء فبأن لا تمنع العدة من تعقب العدة الوطء أولى وأحرى ووجه الرواية الثانية ان هذه مدة مضروبة لاستيفاء الحق فيها فلم يجز أن يستوفى فيها اتيان الحق على الكمال أصله مدة الاجارة (فرع) فاذا قلنا بان العدتين لا يتداخلان فان ذلك في الاعتداد بالاقراء أو بالشهور فاذا كان الاعتداد بالحمل فان عدة وضع حملها يكفيها عنهما جميعا رواه محمد عن أشهب ووجه ذلك ان وضع الحمل براءة متيقنة ولذلك لم تعتبر فيها بمدة فالمطلقة والمتوفى عنها زوجها تحل بوضع الحمل وان كان بعد سبب عدتها بلحظة وأما الاستبراء بالاقراء والأشهر فطريقه الظاهر وبذلك يلحق الحمل بعد الاقراء والأشهر فان كان الحمل من الثاني وقد دخل بها بعد حيضة وولدت لستة أشهر فصاعدا روى ابن مزين عن أصبغ انه يبرئها الوضع من الاستبراء ولا يجزئها من العدة لان عدة الطلاق من الزوج بالحيض ولا يجزئها الوضع لانه من غيره وفي المواز ية من رواية أشهب عن مالك ان ذلك يبرئها من الزوجين قال محمد وان في ذلك لضعفا وتأتنف ثلاث حيض بعد الوضع قال مالك وابن القاسم ولو كان الحمل من زنى لم يبرئها وضعه ولا تبرأ بوضع من لا يلحق الا في الملاعنة لانه يلحق به ان استلحقه (مسئلة) واذا كانت العدة عدة وفاة لم يبرئها الا أقصى الأجلين بعيد بين الأول أربعة أشهر وعشر تلزم فيها الاحداد وتعتد من الثاني ثلاثة قروء قال في المدونة فان كانت مرتابة أو مستحاضة اعتدت سنة من يوم فسخ نكاح الثاني فان انقضت عدة الوفاة قبل أن تنقضي عدة الثاني سقط عنها الاحداد وان كانت العدة الاولى من طلاق نظر الى مابقي من عدتها من يوم مفارقة الثاني له فان كانت حيضة أو حيضتين سقط عن الأول بانقضاء عدته مالزمه من السكنى فانتقلت الى حيث شاءت تتم بقية الاستبراء وان كان طلاق الأول رجعيا وأراد ارتجاعها قبل أن تنقضي عدتها كان له ذلك يشهد على رجعتها ولا يقربها ولا يدخل بها حتى تتم الاستبراء روى ذلك كله ابن مزين عن أصبغ

(فصل) وقوله ثم لا يجتمعان أبدا يريد أن التحريم بينهما يتأبد فلا تحل له أبدا وذلك انه أخبر عن ناكح في العدة دخل بها ولذلك قال انه يفرق بينهما ثم تعتد بقية عدتها من الأول وهذا صريح فان

بناءه بها كان قبل انقضاء عدة الاول وعلى كل حال فلا يخلو الناكح فى العدة اذا بنى بها أن يبنى بها
فى العدة أو بعدها فان كان بنى بها فى العدة فان المشهور من المذهب أن التحريم يتأبد وبه قال
ابن حنبل وروى الشيخ أبو القاسم فى تفريعه فى التى يتزوجها الرجل فى عدة من طلاق أو وفاة
عالم بالتحريم روايتين احداهما أن تحريمها يتأبد على ما قدمناه والثانية انه زان وعليه الحد ولا
يلحق به الولد وله أن يتزوجها اذا انقضت عدتها وبه قال أبو حنيفة والشافعى ووجه الرواية الاولى
وهى المشهورة ما ثبت من قضاء عمر بن الخطاب رضى الله عنه بذلك وقيامه به فى الناس فكانت
قضاياه تسير وتنتشر وتنقل فى الأمصار ولم يعلم له مخالف فثبت انه اجماع قال القاضى أبو محمد وقد
روى مثل ذلك عن على بن أبى طالب رضى الله عنه ولا مخالف لهما مع شهرة ذلك وانتشاره وهذا
حكم الاجماع والدليل على ذلك من جهة القياس ان العقد الثانى عقد نكاح تقدمه بناء نكاح فى
عدة فوجب أن يبطل أصل ذلك اذا عرا من الشهود ووجه الرواية الثانية ان هذا وطء ممنوع
فلم يتأبد تحريمه كما لو زوجت نفسها أو زوجت متعة أو زنت وقد قال القاضى أبو الحسن ان مذهب
مالك المشهور فى ذلك ضعيف من جهة النظر والله أعلم (فرع) فان طلق رجل امرأته ألبتة
ثم تزوجها قبل أن تنقضى عدتها فقد روى ابن حبيب عن ابن نافع انه كالاجنبى لا تحل له أبدا
وروى محمد عن أشهب عن مالك فيمن صالح امرأته على انها ان طلبت الذى اعطته فهى امرأته
فطلبت ذلك فرده اليها وراجعها وأصابها انه يفرق بينهما ولا يتناكحان أبدا لانه نكحها فى عدتها
قال محمد سألت غير واحد من أصحاب مالك فكلهم أبى هذا الجواب وقالوا لا تحرم عليه أبدا وروى
ابن حبيب عن ابن القاسم وأصحاب مالك فى مسئلته انها تحل له بعد انقضاء العدة ووجه القول
الاول انه متزوج فى عدة ممنوع من التزوج فيها فأشبه الاجنبى ووجه القول الثانى وهو
الاظهر انه ليس بممنوع لاجل العدة وانما منعه انه لا يجوز له نكاحها إلا بشرط قد عدم
فأشبه الذى تزوج امرأة على أختها (فرع) ومن تزوج أم ولد بعد وفاة سيدها قبل أن تحيض
الحيضة التى تؤمر بها فقد قال ابن القاسم عن مالك فى المدونة انه كالمتزوج فى العدة قال سحنون
وقد روى عن مالك انه قال ليس كالمتزوج فى العدة وجه القول الاول ما أشار اليه مالك من أنها
تزوجت حال حرمتها وهى ممنوعة من النكاح من أجل مستبيح لوطئها كما لو توفى عنها زوجها وأما
القول الثانى فمبنى على أنه ليس لذلك حكم العدة وانما له حكم الاستبراء خاصة وسنبين الفرق بينهما ان
شاء الله تعالى (فرع) ومن تزوج أمة أو أم ولد أعتقت قبل أن تحيض حيضة فقد قال ابن القاسم
فى المدونة يسلك به سبيل المتزوج فى العدة اذا أصاب واذا لم يصب وكذلك قال مالك فيمن طلق أمة
فأصابها سيدها فى عدتها قال ابن القاسم وكذلك كل من أصاب بملك اليمين معتدة من نكاح
أو أصاب بنكاح مستبرأة من ملك يمين (مسئلة) وهذا كله اذا كان البناء فى العدة فان نكح
فى العدة ولم يكن منه وطء فيها ولكنه قبل أو باشر فقد روى أصبغ فى كتاب محمد عن ابن القاسم فى
ذلك قولين أحدهما تأبيد التحريم والثانى غير مؤبد قال أصبغ وقول ابن القاسم أحب الى آمره
بذلك ولا أقضى له عليه وهذه رواية عيسى عن ابن القاسم وجه القول الاول ما احتج به ابن القاسم
ان كل ما ثبت تحريمه بالوطء فانه يثبت بالتقبيل والمباشرة كتحريم الربائب ووجه القول الثانى
ما ذهب اليه من أن المباشرة والقبلة انما يجرى مجرى الوطء فيما يثبت تحريمه بالتنزيل وأما ما يثبت
بضرب من الاجتهاد فلا يجرى مجراه (فرع) ولو أرخيت الستور على الناكح فى العدة ثم قال لم

أمس وصدقته المرأة فقد روى محمد وابن حبيب عن ابن القاسم وأشهب لاينكحها أبدا يقضى عليه بذلك قال محمد وهو الصواب ولو صدقت فى مثل هذا لاسقطت عن نفسها العدة (مسئلة) ومن عقد فى العدة ودخل بعد العدة ففى ذلك روايتان روى عن مالك فى المدونة يتأبد تحريمها وقال المخزومى لايتأبد تحريمها الا بالوطء فى العدة وجه الرواية الأولى انها موطوءة بنكاح فى العدة فتأبد تحريمها كالتى تصاب فى العدة ووجه الرواية الثانية انها غير موطوأة بنكاح فى العدة فلم يتأبد تحريمها كالتى لم يوجد منها الا العدة (مسئلة) وان لم يوجد منه وطء أصلا فى العدة ولاغيرها قال القاضى أبو محمد يفسخ نكاحه وفى تأبيد التحريم روايتان احداهما نفيه والأخرى اثباته وجه نفيه وهو الظاهر انه لم يوجد فيه معنى تأبيد التحريم وهو ادخال الشبهة فى النسب ومجرد العقد الفاسد لايتعلق به تأبيد التحريم مالم يقارنه وطء أصله اذا كانت تحته امرأة فتزوج ابنتها ولم يطأها * قال القاضى أبو الوليد وهذا عندى ينتقض بالعقد على البنت فانه يوجد تحريم الأم ووجه اثبات تأبيد التحريم اعتباره بالوطء (مسئلة) وان واعدته فى العدة أن لاتنكح زوجا غيره ونكحها بعد العدة فقد روى محمد عن ابن وهب وأشهب عن مالك يفسخ نكاحه دخل بها أو لم يدخل وروى محمد عن أصبغ أنه ضعف الفراق فيه وقال انه يؤمر بذلك ويؤثم فيه ولايقضى به عليه قال لانه ليس بنكاح فى عدة واختار ذلك ابن المواز وجه القول الأول مااحتج به أصبغ من أن المواعدة هى المنهى عنها وقد قال الله تعالى ولكن لاتواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا وهذه المواعدة هى المنهى عنها وبها تم النكاح وعليها انعقد ووجه القول الثانى انه عقد نكاح لم يتقدمه عقد ولامسيس فى العدة فوجب أن يصح كالذى لم تتقدمه مواعدة قال القاضى أبو محمد ان خطبها صريحا فى العدة ثم تزوجها بعد العدة ففيها روايتان استحباب الفراق والثانية إيجابه

(فصل) وقول سعيد ولها مهرها بما استحل منها يريد أن الناكحة فى العدة لها على زوجها المهر ان أصابها فى العدة أو بعدها لانها لم تبذل له نفسها على وجه السفاح وانما بذلت له نفسها على وجه شبهة النكاح وذلك يوجب لها المهر بالمسيس وانما روى ذلك عن سعيد مفردا لان الزهرى روى عن سليمان فى هذا الحديث أنه قال لها مهرها فى بيت المال كذلك رواه معمر عن الزهرى عنه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلها المهر المسمى قال ابن المواز وغيره من أصحابنا وهذا اذا اتفقا على قدر المهر فان اختلفا فى ذلك فلا يخلو أن يختلفا قبل البناء أو بعده فان اختلفا قبل البناء فقد روى ابن المواز عن أصبغ ان كانت بكرا حلف أبوها على ماقاله فان أبى الزوج أن يدفع ماحلف عليه الأب والا حلف وأسقط ذلك عن نفسه وأما ان كانت ثيبا حتى لايتم الأمر الا بعلمها وحضورها فانها التى تحلف دون الولى قال وهو معنى قول ابن القاسم قال ابن حبيب وسواء اختلفا فى قدر الصداق أو نوعه كان مما يصدق فيه النساء أو لايصدقن (فرع) فان حلفا فقد ذكر القاضى أبو محمد يفسخ بينهما وهو لفظ المدونة وروى عن الشيخ أبى عمران أن ذلك يجرى على الاختلاف المذكور فى البيع قال وقد نص المغيرة على أنه اذا رضى أحدهما نفذ النكاح بينهما وجه القول الاول ان تحالف الزوجين يقتضى وقوع الفرقة بينهما كاللعان ووجه القول الثانى اعتباره بالبيع على ماتقدم (فرع) وان اختلفا بعد البناء فالقول قول الزوج قاله ابن القاسم لانه مدعى عليه فان حلف برىء فان نكل حلفت المرأة واستحقت ماادعته من ذلك وهذا كله يجرى مجرى البيع وقد بسطنا القول فيه فى البيوع (مسئلة) وان اختلفا فى قبض الصداق واتفقا على قدره وجنسه فان كان ذلك

قبل البناء فالقول قول الزوجة ان كانت ثيبا أو وليها ان كانت بكرا فان كان ذلك بعد البناء فالقول قول الزوج خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على مانقوله أن هذا مبنى على أصلين أحدهما أن العادة جارية في معظم البلاد بل جميعها أن معجل الصداق لايتأخر قبضه عن البناء والثاني أن القول في قبض العوض قول مدعى العرف ولذلك قال مالك فيما جرت العادة بقبض ثمنه من الطعام اذا ادعاه بعد قبض الطعام وبعد مافارقه البائع وكذلك الصرف فاذا كان العرف دفع الصداق المعجل قبل البناء وادعى الزوج من ذلك مايشهد به العرف وجب أن يكون القول قوله ولذلك قال مالك في الراهن يقبض رهنه ويدعى دفع الدين أن القول قوله قال مالك ولو حل المؤجل قبل البناء لكان القول قول الزوج في دفع العين والعروض والحيوان وهذا معنى ما في المدونة

(فصل) وقد قال القاضي أبو اسحق وان ذلك انما هو في بلد عرفه تعجيل النقد عند البناء فأما بلد لاعرف فيه بذلك فالقول قول الزوجة وقال القاضي أبو محمد انما ذلك اذا لم يثبت ذلك في صداق فلا يكون القول قول الزوج بالبناء وماقدمناه أظهر لما بيناه والله أعلم (فرع) واذا تحمل رجل للمرأة بالصداق ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ان ادعى الزوج والحميل الدفع حلف الحميل وصدق قال سحنون ولو أخذت بالصداق رهنا ثم بنى بها لكان كالحميل ودخوله كالابراء ويأخذ رهنه قال مالك وليس يكتب في الصداق براءة ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا في المرأة الحرة يتوفى عنها زوجها فتعتد أربعة أشهر وعشرا أنها لاتنكح ان ارتابت من حيضتها حتى تستبرئ نفسها من تلك الريبة ان خافت الحمل ﴾ ش وهذا كما قال ان المتوفى عنها زوجها اذا كانت غير حامل فان عدتها أربعة أشهر وعشرا والاصل في ذلك قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ومعنى يتربصن الامر بالتربص ولا يجوز أن يكون بمعنى الاخبار بالتربص لأنا نجد في أكثر الازمنة من لاتتربص وخبر البارى تعالى لا يكون بخلاف مخبره فثبت أن المراد به الامر ومقتضى الامر الوجوب

(فصل) وقوله انها ان ارتابت من حيضتها يقول ان أقامت أربعة أشهر وعشرا فارتابت مع ذلك من حيضتها فانها لايحل لها النكاح حتى تذهب تلك الريبة اذا خافت الحمل فجعل هذا حكمها اذا خافت الحمل والريبة على ضربين ريبة لارتفاع اليمين وريبة لمخافة الحمل وسيأتي ذكر ذلك بعد هذا ان شاء الله تعالى

قال مالك الأمر عندنا في المرأة الحرة يتوفى عنها زوجها فتعتد أربعة أشهر وعشرا انها لاتنكح ان ارتابت من حيضتها حتى تستبرئ نفسها من تلك الريبة اذا خافت الحمل

﴿ نكاح الأمة على الحرة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك انه بلغه أن عبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر سئلا عن رجل كانت تحته امرأة حرة فأراد أن ينكح عليها أمة فكرها أن يجمع بينهما

﴿ نكاح الأمة على الحرة ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر سئلا عن رجل كانت تحته امرأة حرة فأراد أن ينكح عليها أمة فكرها أن يجمع بينهما ﴾ ش قوله فكرها أن يجمع بينهما يريد انهما كرها أن يجتمع في ملكه حرة وأمة وانما ذلك في حق الحرة وكان السؤال انما ورد على نكاح الامة على الحرة فأجاب على منع الجمع بينهما وذلك أعم من السؤال لأن الجمع بينهما يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يتزوج الامة على الحرة وهو المسؤول عنه والثاني أن يتزوجهما جميعا في عقد واحد والثالث أن يتزوج الحرة على الامة لكنه لما تساوت عندهما هذه الوجوه في المنع أجاب عن جميعها وان كانا سئلا عن أحدها فأما الوجه الاول وهو أن يتزوج الامة على الحرة فقد كان من قول

مالك المنع من ذلك مع وجود المال ثم رجع فقال يجوز وتخير الحرة وهو قول سعيد بن المسيب وبه أخذ ابن القاسم قال وقد قال مالك وانه فى كتاب الله تعالى حلال وجه القول الاول بالمنع قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم وذلك ان الحرة على هذا القول هى الطول الذى يتوصل به الى نكاح الحرة بمنعه نكاح الامة فبان بمنعه من ذلك كون الحرة زوجة له أولى وأحرى ووجه القول الثانى أن الطول هو القدرة على صداق الحرة لأنه السعة فى المال فبه يتوصل الى ما يحتاج اليه من نكاح الحرائر فأما الحرة فليست تسمى طولا لغة ولا شرعا ولا يتوصل بها الى ما يحتاج اليه من النكاح

(فصل) وأما قول مالك فانه فى كتاب الله تعالى حلال فقد قيل لمحمد بن المواز أين ذلك فى كتاب الله فقال أراه يريد قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وهذا عام قال محمد فهذه عند مالك ناسخة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم وروى ابن حبيب عن أصبغ أن ابن القاسم كان يذكر أنه سمع مالكا يقول نكاح الامة فى كتاب الله حلال فاستوقفناه عليه فى أى كتاب الله تعالى هو حلال وفى أى الآيات فقال لا أدرى وما قاله محمد فيه نظر لأن النسخ لا يثبت الا بدليل وأيضا فان الآية الناسخة عنده عامة والمنسوخة خاصة فى موضع الخلاف فيجب أن يقدم الخاص على العام الا أن ينقل النسخ فى ذلك والأوضح عندى أن يكون معنى قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم فأباح له نكاحها بوجود شرطين وبقى ما عدم فيه الشرطان مسكوتا عنه على منعنا القول بدليل الخطاب ومنعنا أن يكون لفظ ذلك من ألفاظ الحصر ثم ورد قوله تعالى وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم عاما مطلقا دون شرط فكان ما قابل الآية المقيدة من الآية المطلقة موافقا لها ومماثلا لمعناها وما زاد على ذلك من الآية المطلقة فقد بين فى الآية المطلقة وسكت عنه فى الآية المقيدة وبهذا نقول فى الآية المطلقة والآية المقيدة متى وردتا فى حكم واحد متعلق بسبب واحد فانما يحمل المطلق من اللفظ على اطلاقه والمقيد على تقييده ويحتمل وجها آخر وهو أن يكون قول مالك وانه فى كتاب الله تعالى حلال راجعا الى سؤال السائل عن نكاح الأمة على الحرة فقال انه فى كتاب الله تعالى حلال وأشار الى قوله عز وجل فمن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم يريد انه جائز مع وجود هذين الشرطين وان كون الحرة عنده لا يمنع الاباحة لانها ليست بطول ولا بأمن معها العنت فيكون هذا معنى ما تضمنه كتاب الله تعالى من تحليل ذلك والله أعلم

(فرع) فاذا ثبت انه ممنوع فهل ذلك على التحريم أو على الكراهة فى المدونة ما يدل على القولين لان مالكا قال من تزوج أمة على حرة فرق بينه وبين الأمة وبه قال أشهب وابن عبد الحكم قال ثم رجع فقال ان تزوجها خيرت الحرة واختاره ابن القاسم فايجاب الفسخ يقتضى التحريم ومنع الفسخ مع منع النكاح أولا يقتضى الكراهية دون التحريم وأما اذا كان واجدا للطول الذى هو المال ففى كتاب محمد ان مالكا قال لا بأس للحر تحته الحرة وليس عنده ما يتزوج به حرة وخاف العنت أن يتزوج أمة قال ابن وهب ثم قال بعد ذلك مالك ذلك جائز وللحرة الخيار فعلى هذا

في نكاح الأمة على الحرة ثلاث روايات احداها لا يجوز وان عدم الطول الذى هو المال وخاف العنت اذا كانت تحته حرة والثانية يجوز وان لم يجد طولا ولا خاف عنتا والثالثة يجوز مع عدم الطول وخوف العنت ولا يجوز مع وجود الطول وأمان العنت والطول في القولين الآخرين أظهر في المال وان كان يجوز أن يراد به الحرة (فرع) فاذا قلنا انه ينكح الأمة على الحرة فان للحرة الخيار للنقص الداخل عليها بان تكون ضرتها أمة وما الذى يكون لها من الخيار قال مالك في المدونة في أن تقيم معه ان أحبت أو تفارقه ان شاءت قال ابن الماجشون والمغيرة انما يكون الخيار للحرة في أن تقيم أو تفارق اذا كانت هي الداخلة على الأمة وأما اذا كانت الأمة هي الداخلة عليها فالخيار للحرة في نكاح الأمة ان شاءت أقرته وان شاءت ردته وجه القول الاول ان الخيار اذا ثبت لاحد الزوجين بمعنى في جهة الآخر فانما يكون خياره في أن يقيم أو يفارق ولا يتعدى خياره الى غيره كعيب الجب والخصاء والجذام والبرص ووجه الرواية الثانية انه انما يثبت له الخيار لازالة الضرر الذى لحقها لكون الأمة ضرة لها وداخلة عليها فلها أن تزيله عن نفسها برد نكاحها ومتى قلنا ان خيارها من أن تفسخ نكاحها كان خيارا في زيادة الضرر لا في ازالته (فرع) وهذا يكون للحرة أن تطلق نفسها بطلقة واحدة أو بطلقة مبهمة وتكون واحدة بائنة وان كان دخل بها وان اختارت نفسها بالبتات كانت ثلاثا وقد خالفت السنة وفي التى يتزوج الأمة عليها ليس لها أن تطلق نفسها الا طلقة واحدة بائنة ولا فرق بين الموضعين فتخرج الرواية في المسئلتين جميعا وانما كانت الطلقة الواحدة بائنة في ذلك لان المعنى الذى أوجب الطلاق باق ثابت وهو وجود الأمة في عصمته فاذا كان سببا لابطال النكاح الصحيح لم يصح الارتجاع معه لان الخيار الثابت لها بالشرع في أن تطلق نفسها يبطل الرجعة وكل طلاق لا تصح الرجعة معه فانه بائن كالخلع والطلاق البائن ويلزم على هذا النصرانية تسلم تحت النصراني ثم يسلم في عدتها فانها زوجته لان اسلامها ليس بطلاق ولا يحتاج باسلامه الى ارتجاع ولا يلزم على هذا فرقة المولى فان الرجعة فيه معتبرة بالوطء ولان ضرر كون الأمة ضرة لها ثابت مستدام في جميع الأوقات والأحوال لا يكون في وقت دون وقت فأشبه ما يوجد بجسمه من برص أو جذام وأما ضرر الامتناع من الوطء فان الوطء لا يستدام وانما هو في وقت دون وقت فأشبه الاعتبار بالمنفعة ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه كان يقول لا تنكح الامة على الحرة الا أن تشاء الحرة فان طاعت الحرة فلها الثلثان من القسم * ش قوله رضى الله عنه لا تنكح الأمة على الحرة الا أن تشاء الحرة (فرع) من أحد القولين اللذين قدمناهما ان له أن يتزوج الأمة على الحرة مع وجود الطول وأمن العنت والثانى ليس له ذلك الا مع عدم الطول وخوف العنت وأما من منع نكاح الامة على الحرة فلا خيار ولا مشيئة في ذلك للحرة قال أصبغ في الواضحة والموازية وانما وجه الحديث عندنا أن تخير المرأة اذا نكح عليها الأمة انما ذلك فيمن يجوز له أن يتزوج الأمة بالثنيا والشرط وذلك بأن لا تكفيه الحرة ولا بد له من غيرها فيخاف العنت ولا يجد طولا الى حرة أو هوى أمة معينة هوى غالبا فيخاف على نفسه فيها العنت ان لم يتزوجها فيجوز له حينئذ أن يتزوجها على الحرة فيكون للحرة الخيار على ما قدمناه

(فصل) وقوله فان طاعت الحرة فلها الثلثان من القسم يريد ان طاعت بالمقام معها في تلك الحال فان للحرة من القسم الثلثين وللأمة الثلث وقد اختلف قول مالك في هذا فقيل هذا القول رواه ابن حبيب عن مالك اذا كان الزوج حرا وفي المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك انه رجع قبل

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول لا تنكح الأمة على الحرة الا أن تشاء الحرة فان طاعت الحرة فلها الثلثان من القسم

موته الى أن للحرة الثلثين من القسم وللامة الثلث والقول الثانى يقسم بينهما بالسواء وهو اختيار ابن القاسم قال ابن المواز وعليه ثبت مالك و به قال ربيعة وجه القول الأول بان القسم بقدر الثواء بدليل ان الصغيرة التى لاتسلم اليه لاحظ لها من القسم فلما كانت الحرة بثوى عندها ليلا ونهارا والأمة فى الليل دون النهار وجب أن يكون حظ الحرة من القسم أكثر ووجه القول الثانى ان هذا حق من حقوق الزوجة فوجب أن تستوى فيه الحرة والأمة كالنفقة والكسوة (مسئلة) وهذا اذا كان الزوج حرا فان كان عبدا فلا خلاف فى المذهب أن يسوى بينهما فى القسم الا ما قاله ابن الماجشون فانه قال بفضل الحرة على الأمة وجه القول الأول ان الأمة قد ساوت العبد فى الحرمة فلا تفضل عليها فى القسم كالحرة تحت الحر ووجه قول ابن الماجشون ان هذا عبد فكان حكمه أن يفضل الحرة على الأمة فى القسم كالحر ص ﴿ قال مالك ولا ينبغى لحر أن يتزوج أمة وهو يجد طولا لحرة ولا يتزوج أمة اذا لم يجد طولا لحرة الا أن يخشى العنت وذلك ان الله عز وجل قال فى كتابه ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات وقال ذلك لمن خشى العنت منكم * قال مالك والعنت هو الزنا ﴾ ش وهذا كما قال ان الحر لا يجوز له أن يتزوج الأمة الا بشرطين أحدهما عدم الطول والثانى خوف العنت هذا المشهور من مذهب مالك رواه عنه فى المدونة ابن القاسم وابن وهب وعلى بن زياد وابن نافع وهو قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعلى بن أبى طالب وجماعة من الصحابة والعلماء وفى العتبية والواضحة من سماع ابن القاسم عن مالك انه أجاز للحر نكاح الأمة مع وجود الطول وأمن العنت وحكى القاضى أبو الحسن ان قول مالك هذا انما هو لمن لم تكن تحته حرة على هذه الرواية فأما ان كانت تحته حرة فلا يجوز له ذلك لان الحرة عنده هى الطول وقد تقدم بسط الكلام فى ذلك بما يغنى عن اعادته

(فصل) والدليل على اعتبار الشرطين المذكورين قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ثم قال تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم فشرط فى استباحة نكاح الاماء أن لا يستطيع طولا بنكاح حرة و يخاف العنت ان لم يتزوج الأمة واذا كان هذان المعنيان شرطين فى الاباحة لم يجز له ذلك مع عدمهما * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهذا عندى انما يصح التعلق به لمن قال بدليل الخطاب فى الشرط لانه أباح هذا النكاح بالشرطين وليس فى الآية ما يدل على المنع منه مع عدم الشرطين ولمن قال ان لفظة ذلك من ألفاظ الحصر الا أن المشهور من قول الصحابة المنع من ذلك مع عدم الشرطين المذكورين والمنع من ذلك مع عدم الزوجة الحرة على ما أشار اليه القاضى أبو الحسن ليس بظاهر من أقوال الصحابة ولا يكاد أن يصح على هذا التحرير من قولهم وأما قول ابن المواز باجازة ذلك على الاطلاق فيتناوله عموم الآيتين ان لم يمنع منه اجماع وقد روى عن مجاهد وسفيان الثورى

(فرع) اذا ثبت ذلك فقد اختلف قول مالك فى الطول المذكور فى الآية ففى المدونة من رواية ابن وهب وابن نافع عن مالك ان الطول المال وقد تقدم من رواية القاضى أبى الحسن عن مالك ان الطول أن يكون فى عصمته حرة رواه ابن المواز عن مالك وقال اذا كانت تحته حرة لم يتزوج أمة وان عدم الطول الذى هو المال وخاف العنت وجه القول الاول وهو الاظهر ان الطول فى كلام العرب الغنى وكثرة المال قال الله تعالى استأذنك أولو الطول منهم وقالوا ذرنا نكن مع القاعدين

قال مالك ولا ينبغى لحر أن يتزوج أمة وهو يجد طولا لحرة ولا يتزوج أمة اذا لم يجد طولا لحرة الا أن يخشى العنت وذلك أن الله تبارك وتعالى قال فى كتابه ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات وقال ذلك لمن خشى العنت منكم قال مالك والعنت هو الزنا

يريد أولي الغنى ولا نعلم اسم الطول يقع على الحرة بوجه في لسان العرب كما لا يقع عليها اسم الغنى واليسار ووجه آخر وهو انه تعالى قال فمن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فجعل الطول مما يتوصل به الى نكاح الحرة ولو كانت الحرة طولا لم يجعله شرطا في الوصول اليها لانه لا يصح أن يقول ومن لم يستطع منكم حرة أن ينكح حرة ولما علق الاستطاعة على الطول في الوصول الى الحرة علم ان الطول غير الحرة واذا تقرر هذا فمن قال ان الطول المال فالنكاح عنده بمعنى العقد ومن قال ان الطول الحرة فالنكاح عنده بمعنى الوطء والله أعلم (فرع) فاذا قلنا ان الحرة ليست بطول فان كان عنده زوجتان أو ثلاث فليس بطول وله أن يتزوج الامة لوجود شرطي اباحة ذلك رواه ابن المواز عن عبد الملك عن مالك واذا قلنا ان الطول هو المال فكم المعتبر منه روى ابن حبيب عن أصبغ انه قال عدم الطول أن لا يجد ما يصلح لنكاح الحرة وهي المحصنة المذكورة في قوله تعالى أن ينكح المحصنات من المهر والنفقة والمؤنة ونكاح الامة أخف عليه وربما كانت نفقتها على غيره وروى ابن المواز فيمن قال أنا أجد ما أتزوج به حرة ولا أجد ما أنفق عليها ليس له أن يتزوج أمة انما قال الله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فظاهر هذا اللفظ يقتضي ما يتوصل به الى النكاح وهو المهر وقول أصبغ محتمل لانه اذا لم يجد ما ينفقه على الحرة لم يصل الى الاستمتاع بها وبه يأمن العنت وقد قال جابر بن زيد لا يجوز اليوم لأحد نكاح الامة لانه يجد نكاح الحرة بما ينكح به الامة (فرع) وسواء كان ما يقدر به على نكاح الحرة نقدا أو عرضا أو دينا على ملىء أو ما يمكن بيعه أو اجارته فهو طول رواه عبد الملك عن مالك قال ابن الماجشون والكتابة على المكاتب طول لانه يمكن بيعها كالدين المؤجل وروى ابن حبيب عنه انه قال المدبر والمعتق الى أجل ليس بطول لانه لا يمكن بيعه ولا يتصرف تصرف المال والمراد به عندي ان لم يكن من منافعه ما يتوصل به الى نكاح الحرة ومعنى ذلك ان ما أمكن أخذ ثمنه والمعاوضة به فبلغ ثمنه ما يتوصل به الى نكاح الحرة فهو طول وما لم يبلغ ذلك أو لم يمكن ذلك فيه فليس بطول والمدبر لا يمكن بيع رقبته ولا بيع منافعه المدة الطويلة لان أمره مترقب لجواز أن يموت أو يمرض فترد الاجارة فلذلك لم يعد طولا

(فصل) اذا ثبت ذلك فمن تزوج أمة وهو يجد طولا ولا يخاف عنتا فان قلنا بجواز ذلك فهو على نكاحه وان قلنا بالرواية الثانية فقد روى ابن المواز عن أصبغ انه يفسخ نكاحه فان خاف العنت وهو واجد للطول فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك انه يفرق بينهما قيل له انه يخاف العنت قال السوط ثم خففه بعد ورجع عنه وروى عنه محمد وابن حبيب في الذي هوى أمة بعينها هوى لا يمكنه الصبر عنها وخاف على نفسه العنت انه يجوز له أن يتزوجها وهذا مبني على القول الذي رجع اليه مالك وأما على تعليق الاباحة بشرطين فلا يجوز له ذلك مع وجود الطول الى الحرة الا ان يريد بالطول ما يصل به الى استباحة ما خاف على نفسه العنت بالامتناع منه من ثمن أمة على اختيار مالكها أو مهر حرة على اختيارها ان كانت معينة (مسئلة) فاذا قلنا انه يجوز نكاح الاماء مع عدم الشرطين فلا خلاف ان له أن يتزوج أربعا واذا قلنا لا يجوز ذلك الا مع وجود الشرطين فكم نبيح له من نكاح الاماء ان لم يزل خوف العنت الا بنكاح أربع فان له ذلك وان زال خوف العنت بواحدة فروى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك انه لا يجوز للحر أن يتزوج أمة وعنده أمة الا أن لا يجد طولا ويخاف العنت وظاهر رواية ابن المواز يقتضي اباحة نكاح الأربع بعدم

الطول وخوف العنت قبل نكاح واحدة منهن (مسئلة) فاذا تزوج أمة لوجود الشرطين ثم وجد بعد ذلك الطول وأمن العنت فانه لا يلزمه فراق الأمة قاله ابن حبيب قال القاضي أبو الحسن وهو قول المزني فانه قال يفسخ نكاح الأمة والدليل على مانقوله ان هذا نكاح أمة انعقد لوجود شرطي الاباحة فعدم أحد الشرطين لا يفسخ نكاحه كالو عدم خوف العنت

(فصل) وهذا كله في الحر فاما العبد فان له أن يتزوج الأمة المسلمة على كل حال والدليل على ذلك أنه مساو لها في الحرية فجاز له أن يتزوجها دون عدم طول ولا خوف عنت كالحر يتزوج الحرة (مسئلة) فان تزوج الحرة على الأمة أو الأمة على الحرة فلا خيار للحرة في قول مالك وجميع أصحابنا الامار واه ابن حبيب عن ابن الماجشون انه اذا تزوج الحرة على الأمة أو الأمة على الحرة ولم تعلم بذلك الحرة فان لها الخيار كالها مع الحر

(فصل) وقول مالك والعنت هو الزنا هذا الذي ذكره في الموطا وروى ابن المواز عن أصبغ قال بلغني عن ربيعة انه قال العنت الهوى وكان من أوعية العلم وأصل العنت في كلام العرب مايشق على الانسان ويتعبه ويضن به وهذا موجود فيمن بلغت حاجته الى النساء به خوف الزنا موجود فيمن بلغته حاجته مشقة الصبر الذي لا يستطاع عليه ويخاف معه مواقعته فكلا الوجهين يقع عليه اللفظ من جهة اللغة وانما يخاف من الهوى مايعود الى الزنا فكلا التفسيرين يعودان الى معنى واحد وقد قال صاحب العين العنت المشقة والعنت الهلاك وقيل الزنا

﴿ماجاء في الرجل يملك المرأة وقد كانت تحته ففارقها﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبي عبد الرحمن عن زيد بن ثابت انه كان يقول في الرجل يطلق الأمة ثلاثا ثم يشتريها انها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ش قوله في الرجل يشتري الأمة بعد ان طلقها ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره على معنى انه اذا طلقها ثلاثا فقد حرم عليه الاستمتاع بها بكل سبب وعلى كل وجه الا بعد زوج وروي عن ابن عباس وطاوس وغيرهما انه يحل له بملك اليمين وان كان طلقها ثلاثا ولم تتزوج غيره والدليل على مانقوله وهو قول فقهاء الأمصار ان عقد النكاح في اباحة الوطء أقوى من عقد الشراء بدليل انه مقصوده فاذا لم يستبح وطأها بعقد النكاح فبان لا تبيح له وطأها بملك اليمين أولى وأحرى ص ﴿ مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن رجل زوج عبده له جارية له فطلقها العبد ألبتة ثم وهبها سيدها له فهل تحل له بملك اليمين فقالا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ش قولهما في العبد توهب له زوجته أمة بعد ان كان طلقها ألبتة انه لا يستبيحها بالهبة مالم تنكح زوجا غيره لان ملكه اياها هبة أو صدقة أو ابتياعا أو ميراثا لا يختلف بوجه الملك صفة الملك فلذلك لم يختلف في الاباحة ص ﴿ مالك انه سأل ابن شهاب عن رجل كانت تحته أمة مملوكة فاشتراها وقد كان طلقها واحدة فقال تحل له بملك يمينه مالم يبت طلاقها فان بت طلاقها فلا تحل له بملك يمينه حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ش قوله في الذي يبتاع الأمة بعد ان طلقها واحدة انها تحل له بملك يمينه وجهه انه قد كان له استباحتها بالنكاح فلذلك جاز له استباحتها بملك اليمين كالأجنبية لانه ملك التمتع بعقد يستباح به الوطء فاذا لم يتقدم فيه من الطلاق ما يمنع ارتجاعها جاز له أن يستبيحها بملك اليمين واذا كان الذي تقدم له فيها من الطلاق يمنع ارتجاعها فانه يمنع استباحة وطئها بملك اليمين كالو ارتجعها واستأنف نكاحها ص ﴿ قال مالك في الرجل ينكح الأمة فتلد

﴿ماجاء في الرجل يملك المرأة وقد كانت تحته ففارقها﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن أبي عبد الرحمن عن زيد بن ثابت انه كان يقول في الرجل يطلق الأمة ثلاثا ثم يشتريها انها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن رجل زوج عبدا له جارية له فطلقها العبد ألبتة ثم وهبها سيدها له فهل تحل له بملك اليمين فقال لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره * وحدثني عن مالك انه سأل ابن شهاب عن رجل كانت تحته أمة مملوكة فاشتراها وقد كان طلقها واحدة فقال تحل له بملك يمينه مالم يبت طلاقها فان بت طلاقها فلا تحل له بملك يمينه حتى تنكح زوجا غيره قال مالك في الرجل ينكح الأمة فتلد

منه ثم يبتاعها انها لاتكون أم ولد له بذلك الولد الذي ولدته وهي لغيره حتى تلد منه وهي في ملكه بعد ابتياعه اياها قال مالك فان اشتراها وهي حامل منه ثم وضعت عنده كانت أم ولده بذلك الحمل فيما أرى والله أعلم ﴾ ش وهذا كما قال ان الأمة اذا كانت زوجة الرجل ثم تلد منه لاتكون له أم ولد بذلك ان ابتاعها بعد ذلك لانها لم تلد منه بملك يمين ولا ملكها وهي حامل منه وقال أبو حنيفة وأصحابه تكون أم ولد بما تقدم من ولادتها منه قبل ملكه لها والدليل على مانقوله انه لم يملكها حاملا منه فلا تكون أم ولد له كما لو حملت منه بزنى

(فصل) وقوله وان اشتراها وهي حامل منه ثم وضعت عنده كانت أم ولد بذلك الحمل وقال الثوري والشافعي لاتكون أم ولد بذلك وان ملكها حاملا حتى تحمل منه وهي في ملكه والدليل على مانقوله انه لما ملكها وهي حامل منه وعتق عليه الولد بملك أبيه له سرى العتق اليها لانه عتق عليه بالشرع

﴿ ماجاء في كراهية اصابة الأختين بملك اليمين والمرأة وابنتها ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن أبيه ان عمر بن الخطاب سئل عن المرأة وابنتها من ملك اليمين توطأ إحداهما بعد الأخرى فقال عمر ما أحب أن أخبرهما جميعا ونهى عن ذلك ﴾ ش قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المرأة وابنتها لاأحب أن أخبرهما يريد لاأحب أن أكون واطئا لهما جميعا وذلك يقتضي انه متى وطئ احداهما أيتهما كانت امتنع من وطء الأخرى فنهى عن ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ابن وهب وقد بلغني عن عمر بن عبد العزيز انه قال قد نزل في القرآن النهي عن ذلك يريد والله أعلم حرمت عليكم أمهاتكم الآية وفيها وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم وهذا على أن يحمل النساء على مقتضى اللغة دون عرفها وكذلك الربائب فيكون التحريم عاما في الوطء بالنكاح وبملك اليمين وقد روى محمد بن مالك انه قال كل ماوصفت لك انه يحرم بالنكاح فانه يحرم بالملك يريد الوطء فيه قال مالك ولا بأس أن يجمع بينهما بملك اليمين فمن وطئ منهما الأم والابنة فقد حرمت عليه بذلك الأخرى أبدا ووجه ذلك انه قد يملك على هذا الوجه من لايجوز له وطؤها كالخالة والعمة فلذلك جاز له أن يجمع بينهما في ملك اليمين وان لم يجمع بينهما بالوطء فالجمع بينهما في ذلك محرم كالجمع بينهما بعقد النكاح ولذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لاأحب أن أخبرهما جميعا معناه أعرف حال هذه وحال هذه بالوطء مأخوذ والله أعلم من الاختبار (مسئلة) وهذا حكم الوطء بملك اليمين وكذلك الالتذاذ منها بالنظر الى المعاصم والصدر ووجه ذلك ان من حرم للوطء فانه يحرم للنظر على وجه اللذة أصل ذلك اذا عقد على الابنة عقد نكاح

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن قبيصة بن ذؤيب ان رجلا سأل عثمان بن عفان عن الأختين من ملك اليمين هل يجمع بينهما فقال عثمان أحلتهما آية وحرمتهما آية فاما أنا فلا أحب أن أصنع ذلك قال فخرج من عنده فلقي رجلا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال لو كان لي من الأمر شئ ثم وجدت أحدا فعل ذلك لجعلته نكالا قال ابن شهاب أراه علي بن أبي طالب * مالك انه بلغه عن الزبير بن العوام مثل ذلك ﴾ ش السائل هو قباذ الأسلمي سأل عثمان بن عفان عن ذلك فقال عثمان رضي الله عنه أحلتهما آية وحرمتهما آية قال ابن حبيب يريد بآية التحليل قوله تعالى الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وقوله تعالى والمحصنات من النساء الا ماملكت

قال مالك فان اشتراها وهي حامل منه ثم وضعت عنده كانت أم ولده بذلك الحمل فيما نرى والله أعلم

﴿ ماجاء في كراهية اصابة الاختين بملك اليمين والمرأة وابنتها ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة ابن مسعود عن أبيه أن عمر بن الخطاب سئل عن المرأة وابنتها من ملك اليمين توطأ احداهما بعد الاخرى فقال عمر ما أحب أن أخبرهما جميعا ونهى عن ذلك * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن قبيصة بن ذؤيب أن رجلا سأل عثمان بن عفان عن الاختين من ملك اليمين هل يجمع بينهما فقال عثمان أحلتهما آية وحرمتهما آية فأما أنا فلا أحب أن أصنع ذلك قال فخرج من عنده فلقي رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال لو كان لي من الأمر شئ ثم وجدت أحدا فعل ذلك لجعلته نكالا قال ابن شهاب أراه علي بن أبي طالب * وحدثني عن مالك أنه بلغه عن الزبير بن العوام مثل ذلك

قال مالك في الأمة تكون عند الرجل فيصيبها ثم يريد أن يصيب أختها انها لاتحل له حتى يحرم عليه فرج أختها بنكاح أو عتاقة أو كتابة أو ما أشبه ذلك يزوجها عبده أو غير عبده

﴿ النهي عن أن يصيب الرجل أمة كانت لأبيه ﴾

* حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وهب لابنه جارية فقال لا تمسها فاني قد كشفتها

أيمانكم ومعنى ذلك انه عم ولم يخص أختين من غيرهما وقوله حرمتهما آية يريد قوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين الا ما قد سلف يريد انها عامة في تحريم الجمع بين الأختين ولم يخص ملك يمين ولا غيره فاتفق فيهما أهل الامصار على المنع من ذلك وهو المشهور عن الصحابة رضي الله عنهم أجمعين والدليل عليه عموم قوله تعالى في آية التحريم فهذه الآية عامة في الملك وخاصة في الأختين وقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم عامة في الأختين وغيرهما خاصة في ملك اليمين فكلا الآيتين خاصة من وجه عامة من وجه آخر الا ان آية ملك اليمين قد دخلها التخصيص باجماع وهي في العمة والخالة والأم من الرضاعة فانه لا يجوز وطؤهن بملك اليمين وآية التحريم لم يدخلها تخصيص فوجب حملها على عمومها وتخصيص الأخرى بها أولى وأحرى ص ﴿ قال مالك في الأمة تكون عند الرجل فيصيبها ثم يريد أن يصيب أختها انها لاتحل له حتى يحرم عليه فرج أختها بنكاح أو عتاقة أو كتابة أو ما أشبه ذلك يزوجها عبده أو غير عبده ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يحل الجمع بينهما في المسيس بملك اليمين ولا غيره ولا بأس باجتماعهما في ملك يمينه ولا يخلو أن يجتمعا في ملكه قبل وطء احداهما أو يبتاع احداهما فيطؤها ثم يبتاع الأخرى فان اجتمعا في ملكه قبل الوطء فله أن يطأ أيتهما شاء فاذا وطئ احداهما حرمت عليه الأخرى حتى يحرم على نفسه التي وطئ لان معنى الجمع بينهما في أن يستبيح وطأها وهما في ملكه فاذا نال احداهما حرم عليه نيل الأخرى (مسئلة) فان باع التي وطئ ثم اشتراها قبل أن يطأ الثانية فهو بالخيار أيضا بين أن يطأ أيتهما شاء لان هذا ملك جديد لم يطأ فيه فهو بمنزلة اللذين اجتمعتا في ملكه قبل أن يطأ واحدة منهما (مسئلة) فان باع التي وطئ ثم وطئ الأخرى ثم اشترى الاولى فانه يقيم على وطء الثانية التي وطئ بعد أختها ولا يحل له وطء الأولى لانه قد اشتراها بعد ان وطئ أختها وهي عنده دونها وهذا حكم المرأة مع عمتها وخالتها بالنسب والرضاع حكاه ابن المواز عن مالك

﴿ النهي عن أن يصيب الرجل أمة كانت لأبيه ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب وهب لابنه جارية فقال لا تمسها فاني قد كشفتها ﴾ ش قول عمر رضي الله عنه لابنه حين وهبه الجارية لا تمسها يقتضي صحة ملك ابنه لمن لا يحل له وطؤها وانما نهاه عنها ليعرفه انه قد جرى له فيها ما حرم على ابنه وطؤها والاستمتاع بها

(فصل) وقوله رضي الله عنه فاني قد كشفتها يريد انه قد كشف عنها ونظر الى بعض ما تستره من جسدها على وجه طلب اللذة والاستمتاع منها قال ابن حبيب من ملك أمة فتلذذ منها بتقبيل أو تجريد أو مباشرة أو ملاعبة أو مغامزة أو نظر الى شئ من محاسنها نظر شهوة فكل ذلك يحرم على ابنه وعلى أبيه التلذذ بشئ منها ان ملكها بعده ورواه ابن المواز عن مالك وزاد وكذلك ان نظر الى ساقها أو معصمها تلذذا فلا تحل لابنه ولا لابيه وقال القاضي أبو الحسن ان نظره الى فرجها أو غيره من جسدها لا يحرمها وقال والدليل لذلك أنه نظر الى جسدها من غير مباشرة ولا انزال فلم تحرم بذلك على ابنه أصل ذلك اذا نظر الى وجهها من غير لذة والدليل لصحة قول مالك ان هذا استمتاع مباح فوجب أن تحرم به على الابن كالوطء (مسئلة) فأما ان نظر اليها عند اشترائه أو مرض فقامت عليه واطلعت على عورته ومست ذلك منه أو مرضت فقام هو عليها ففي كتاب ابن المواز عن مالك لا يحرمها ذلك على أبيه ولا على ابنه قال أصبغ وذلك عندي اذا صح هذا ولم يكن شئ من اللذة بقلب ولا ببصر ولا يد ولا فعل ووجه ذلك انه لم يوجد منه استمتاع ولا قصد الى الالتذاذ بها فلم يحرم على ابنه كاستخدامها

ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن المجبر انه قال وهب سالم بن عبد الله لابنه جارية فقال لا تقربها فانى قد أردتها فلم أنشط اليها ﴾ ش قوله لا تقربها يريد منعه من وطئها والاستمتاع بها وهذا اللفظ اذا استعمل فانما معناه المنع من المنفعة المقصودة المعتادة من ملك العين ولذلك قال تعالى ولا تقربا هذه الشجرة وانما أراد المنع من أكلها ثم بين ذلك بأن قال عز وجل فأكلا منها فبدت لهما سوآتهما وقال ألم أنهكما عن هذه الشجرة ولما كان المقصود من المرأة الوطء والاستمتاع بها كان المنع من أن يقربها منعا من وطئها

(فصل) وقوله فانى قد أردتها يعنى انه أراد وطأها الان مثل هذا اللفظ من الارادة والشهوة والكراهة متى علق على عين فانما يقتضى تعلقه بالفعل المقصود منه فاذا قال أردت الجارية فانما يعنى ارادة جماعها واذا قال أردت الطعام اقتضى ذلك ارادة أكله الا أن الارادة ههنا يحتمل أن يريد بها الارادة بالقلب خاصة وهذا لا يحرم الا أن يقترن بها من المباشرة أو النظر ما يوجب التحريم وأما مجرد الارادة للغائب فلا يتعلق بها حكم ويحتمل أن يريد به عالجتها وحاولت ذلك منها وذلك الذى يتعلق به التحريم وأما عدم النشاط عن اكمال الجماع الذى حاوله أو أراده فلا الا أنه لما وجد منه بالمحاولة ما يقتضى التحريم لزمه أن يخبر ابنه حين وهبه اياها بما يمنعه من الاستمتاع بها وأخبره بوجه المنع منها (مسئلة) وهذا يلزم كل من وهب ابنه جارية جرى فيها ما يحرمها عليه أن يعلمه بذلك ليتوقاها وان لم يكن جرى منه ما يحرمها عليه ان يبين له ذلك فيعلم بذلك انها مباحة له فان لم يتبين له أحد الامرين فقد قال ابن حبيب لا يحل لولد مسيس جارية ملكها أبوه ولا للوالد مسيس جارية ملكها ولده وان كان صغيرا اذا بلغ مبلغ من يلتذ بالجوارى خيفة أن يكون قد مسها أو تلذذ منها بشئ حتى يبين الوالد للولد والولد للوالد انه لم يمسها ولا التذ بشئ منها ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد ان أبا نهشل ابن الاسود قال للقاسم بن محمد انى رأيت جارية لى منكشفا عنها وهى فى القمر فجلست منها مجلس الرجل من امرأته فقالت انى حائض فقمت فلم أقربها بعد أفأهبها لابنى يطؤها فنهاه القاسم عن ذلك ﴾ ش قوله انى رأيت جارية لى منكشفا عنها وهى فى القمر يريد انه رأى جارية قد انكشف ثوبها عنها وان الموجب لذلك أو المعين عليه كونها فى القمر وقوله فجلست منها مجلس الرجل من امرأته عند الوطء وهذا قد وجد منه الالتذاذ بالنظر اليها ومحاولة مجامعتها ومباشرة بعض جسمه بجسمها على وجه الاستمتاع منها ثم منعه من اتمام الجماع ما أخبرته به من انها حائض فقام عنها لذلك فسأل بعد ذلك القاسم بن محمد هل يحرمها ذلك على ابنه فنهاه القاسم عن أن يهبها لابنه على وجه اباحة وطئه لها ولم ينهه عن أن يهبها له لان ملك ابنه لها جائز وانما يحرم عليه الاستمتاع بها خاصة ص ﴿ مالك عن ابراهيم بن أبى عبلة عن عبد الملك بن مروان انه وهب لصاحب له جارية ثم سأله عنها فقال قد هممت أن أهبها لابنى فيفعل بها كذا وكذا فقال عبد الملك لمروان كان أورع منك وهب لابنه جارية ثم قال لا تقربها فانى قد رأيت ساقها منكشفة ﴾ ش قوله قد هممت ان أهبها لابنى فيفعل بها كذا وكذا ولم يذكر انه قد جرى له فيها ما يمنع ذلك كلام محذوف وذلك انه روى ان الأب قد رامها فعجز عنها كذلك رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك انه قال أردتها فلم أستطعها وقد هممت ان أهبها لابنى فيصيب منها فحينئذ قال قد هممت ان أهبها لابنى فيفعل بها كذا وكذا كناية عن الجماع ولذلك قال له عبد الملك لمروان كان أورع منك اذ قال لابنه فى جارية وهبه اياها لا تقربها فانى قد رأيت ساقها منكشفا وهذا يسير فى جنب محاولة جماعها ومباشرتها ومضاجعتها وغير ذلك من مقدمات الوطء

* وحدثنى عن مالك عن عبد الرحمن بن المجبر أنه قال وهب سالم بن عبد الله لابنه جارية فقال لا تقربها فانى قد أردتها فلم أنشط اليها * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أن أبا نهشل بن الاسود قال للقاسم بن محمد انى رأيت جارية لى منكشفا عنها وهى فى القمر فجلست منها مجلس الرجل من امرأته فقالت انى حائض فقمت فلم أقربها بعد أفأهبها لأبنى يطؤها فنهاه القاسم عن ذلك * وحدثنى عن مالك عن ابراهيم بن أبى عبلة عن عبد الملك بن مروان أنه وهب لصاحب له جارية ثم سأله عنها فقال قد هممت أن أهبها لابنى فيفعل بها كذا وكذا فقال عبد الملك لمروان كان أورع منك وهب لابنه جارية ثم قال لا تقربها فانى قد رأيت ساقها منكشفة

والقصد اليه ولم يمنعه من الوطء الا العجز

(فصل) وقول مروان قد رأيت ساقها منكشفا يريد انه قد رآه مكشوفا انكشف عنه الثوب ولعله قصد اللذة والاستمتاع بالنظر الى ذلك منها فحرمت بذلك على ابنه أو لم يقصد ذلك وأراد التناهي في الورع والتوقف عما فيه بعض الشبهة عنده والله أعلم وأحكم

﴿ النهي عن نكاح إماء أهل الكتاب ﴾

ص ﴿ قال مالك لا يحل نكاح أمة يهودية ولا نصرانية لان الله تعالى يقول في كتابه والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم فهن الحرائر من اليهوديات والنصرانيات وقال الله تبارك وتعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات فهن الاماء المؤمنات قال مالك فانما أحل الله فيما نرى نكاح الاماء المؤمنات ولم يحلل نكاح اماء أهل الكتاب اليهودية والنصرانية ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يحل نكاح أمة يهودية ولا نصرانية وبهذا قال الشافعي وعامة الفقهاء غير أبي حنيفة فانه قال بجواز ذلك والدليل على ما نقوله ما استدل به مالك رحمه الله من قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وهذا عام فيحمل على عمومه والدليل على أن اسم المشركات يتناول اليهودية والنصرانية من جهة اللغة أن معنى الشرك الاشراك بين شيئين ومن جعل عيسى بن مريم ابنا لله فقد أشركه معه وبذلك تعلق عبد الله بن عمر بعموم هذه الآية في المنع من نكاح الحرائر الكتابيات وقال رضي الله عنه لا أعلم شركا أعظم ممن جعل لله صاحبة وولدا وأما من جهة الشرع فقوله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله ذلك قولهم بأفواههم الى قوله وما أمروا الا ليعبدوا الها واحدا لا اله الا هو سبحانه عما يشركون ومن جهة المعنى أن هذه امرأة اجتمع فيها نقصان مؤثران في منع النكاح فلم يجز لمسلم أن يتزوجها كالحرة المجوسية اجتمع فيها نقص الكفر ونقص عدم الكتاب (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يجوز هذا الحر ولا العبد فلو أراد رجل أن يزوج عبده المسلم من أمة نصرانية فقد روى ابن حبيب وابن المواز لا يحل ذلك ووجه ذلك ان هذا نقص من جهة الدين يمنع نكاح الحر فمنع نكاح المجوسية (مسئلة) ومن كان تحته من النصارى أمة نصرانية فأسلم فقد روى محمد عن ابن القاسم يفارقها وعن أشهب لا يفارقها وجه قول ابن القاسم انه معنى ينافي ابتداء النكاح فوجب أن ينافي استدامته كالاخوة والأمومة وقال الشيخ أبو محمد في قول أشهب لعله يريد ان أعتقت أو أسلمت لانه ذكر محمد عن أشهب بعد هذا مثل قول ابن القاسم والله أعلم

(فصل) وقوله فان الله تعالى يقول في كتابه والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم فهن الحرائر من اليهوديات والنصرانيات يريد أن الاباحة انما تعلقت بالحرائر خاصة دون الاماء لان التحريم عام في كل مشركة بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ثم خص هذا الحكم بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم فهن الحرائر فأباح تعالى نكاح حرائرهن وعلى ذلك جماعة الفقهاء وقالوا الآية مخصصة بعموم الآية المانعة وقد تزوج جماعة من الصحابة أهل الكتاب منهم عثمان بن عفان وطلحة بن عبد الله رضي الله عنهما ولا نعلم أحدا منعه غير عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعلق فيه بعموم الآية على ما تقدم ذكره (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد كرهه مالك من غير تحريم رواه عنه جماعة من أصحابه واحتج لذلك بأني لا أرى أن يضع

﴿ النهي عن نكاح اماء أهل الكتاب ﴾ * قال مالك لا يحل نكاح أمة يهودية ولا نصرانية لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم فهن الحرائر من اليهوديات والنصرانيات وقال الله تبارك وتعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات فهن الاماء المؤمنات قال مالك فانما أحل الله فيما نرى نكاح الاماء المؤمنات ولم يحلل نكاح اماء أهل الكتاب اليهودية والنصرانية

ولده عنده من يشرب الخمر ويأكل الخنزير ويغذيه واتما غذاء اللبن بما تأكله المرأة وتغلب على الصبي فتضر به على مالا يجوز ويضاجعها الرجل ولا تغتسل فترك ذلك أفضل من غير تحريم

(فصل) وقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات قال مالك فهن الاماء المؤمنات قال مالك فانما أحل الله فيما نرى نكاح الاماء المؤمنات يريد أنه قد أباح نكاح الاماء بالايمان فقال تعالى من فتياتكم المؤمنات فقصر هذا الحكم عليهن دون غيرهن ويحتمل أيضا أن يقال ان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن عام في الاماء وغيرهن فأخرج بالتخصيص بعد ماتقدم من اباحة المحصنات من الذين أوتوا الكتاب الفتيات المؤمنات خاصة فبقي تحريم الآية العامة في الاماء اللائي لسن بمؤمنات بمنع نكاحهن كما بقي نكاح الحرائر المجوسيات والوثنيات على التحريم لانه لم يبح منهن بالتخصيص الا المحصنات من الذين أوتوا الكتاب دون المحصنات من غيرهن ص ﴿قال مالك والأمة اليهودية والنصرانية تحل لسيدها بملك اليمين قال مالك ولا يحل وطء أمة مجوسية بملك اليمين﴾ ش وهذا كما قال ان الأمة الكتابية تحل بملك اليمين وذلك أن ابنه منها حر فلا يؤدي الى أن يسترق ابنه كافر وان تزوجها أدى الى أن يسترق ولده منها كافر فلذلك جاز وطؤها بملك اليمين ولم يجز بالنكاح وأما المجوسية فلا يحل وطؤها بملك يمين ولا بعقد نكاح وعليه اجماع الفقهاء مادامت على مجوسيتها وان انتقلت الى الاسلام جاز نكاحها ووطؤها بملك اليمين ويجوز ذلك فيها بمجرد اسلامها قبل أن تصلي قاله ابن حبيب واحتج على ذلك بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن والايمان يكون باظهار الشهادة والاعتقاد وان لم يكن وقت عمل ولا صلاة والله أعلم وأحكم

قال مالك والامة اليهودية والنصرانية تحل لسيدها بملك اليمين ولا يحل وطء أمة مجوسية بملك اليمين

﴿ماجاء في الاحصان﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب أنه قال المحصنات من النساء هن أولات الازواج ويرجع ذلك الى أن الله حرم الزنا

ص ﴿مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال المحصنات من النساء هن أولات الأزواج ويرجع ذلك الى أن الله حرم الزنا﴾ ش قول سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان المحصنات من النساء هن أولات الأزواج قد قال به جماعة من الصحابة منهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وأنس بن مالك وأبو سعيد الخدري وقال به جماعة من التابعين وروي عن عطاء وطاوس أن المراد به جماعة النساء الا من أحل له بالتزويج قال القاضي أبو اسحاق فتأول قوم ممن ذكرنا قولهم ان المحصنات جماعة النساء الا من أحل له بالتزويج قال وانما قالوا بذلك جملة ولم يبلغوا به استقصاء التفسير وكذلك قالوا في تفسيرها انما حرم الزنى فلم يبينوا أيضا مذهبهم وانما جاء حقيقة التفسير من معناه على قولين أحدهما من قال ان ذلك مما ملكت يمين الرجل من المسلمات فان له اذا اشتراها ولها زوج أن يغشاها والقول الآخر ما جاءت به الرواية في سبي أوطاس فان الآية انما نزلت في النساء اللاتي لهن أزواج في بلد الشرك فاذا سبين انقطعت العصمة بينهن وبين أزواجهن وهذا هو الوجه الذي عليه عمل الناس فان نكاح العبد الأمة باذن سيدها ونكاح الحر لها باذن سيدها اذا لم يجد طولا وخاف العنت بانت باجماع المسلمين فليس يجوز نقضه الا بحجة ولا نعلم للذين قالوا خلاف هذا القول حجة يريد القاضي أبو اسحاق الرد على من قال بيع الأمة طلاقها وهو قول سعيد بن المسيب ويريد انهم لم يتموا التفسير الذي أشاروا اليه وما قاله سعيد بن المسيب معناه عنده انه حرم ذوات الأزواج الا ما ملكت اليمين بابتياع جارية لها زوج فانها تحل له لان بيع الأمة يفسخ نكاح زوجها

وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب و بلغه عن القاسم بن محمد أنهما كانا يقولان اذا نكح الحر الامة فسها فقد أحصنته قال مالك وكل من أدركت كان يقول ذلك تحصن الامة الحر اذا نكحها فسها

ويزيل عصمته عنها فأنكر ذلك القاضى أبو اسحاق وذهب الى ان معناه الا من سبى جارية لها زوج ببلد الحرب فانها تحل له بملك اليمين لان السبى يفسخ النكاح فاختار لذلك ان المحصنات هنّ ذوات الأزواج وبه قال عمر بن الخطاب وعثمان وعلىّ وعبد الرحمن بن عوف وسعد وسعيد بن المسيب وغيرهم واختار انه يباح منهنّ بملك اليمين المسبيات ولم ينقل مالك من قول سعيد بن المسيب أن بيع الأمة طلاقها المالم يرذلك وأن الصواب قول من قال ان بيع الأمة لايؤثر فى نكاحها فرقة وبه قال أبو حنيفة والشافعى ويدل عليه ماروى فى حديث بريرة أن عائشة رضى الله عنها اشترتها وأعتقتها نخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان بيعها يفسخ نكاحها لما خيرها

(فصل) وأما قول عطاء وطاوس ان المحصنات هنّ جماعة النساء وقولهما ان معنى قوله تعالى الا ماملكت أيمانكم الا ما أحل لكم من التزويج وقول القاضى أبى اسحاق انهما لم يبلغا نهاية التفسير يحتمل أن يريد انهما قصرا فى النظر ولم يستوعبا استيعابا يصلان به الى الصواب وخالفهما فى موضعين فى قولهما ان المحصنات هنّ جماعة النساء وفى قولهم ان ماملكت أيمانهم الزوجات وماذهب اليه صواب عندى لان لفظ المحصنات لايقع على النساء وانما يقع على نوع ملك أو أنواع وسنذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى والذى يدل على أن المحصنات لايقع على جماعة النساء فى قوله تعالى والمحصنات من النساء ومن للتبعيض وهذا يقتضى ان المحصنات بعض النساء ولا تحمل من على انها زائدة لان سيبويه قال لاتكون زائدة الا فى النفى فى قولهم ماجاءنى من أحد وان سلمنا كونها زائدة فان الظاهر انها للتبعيض أو للجنس وهو يعود الى معنى التبعيض فلا يعدل الى انها زائدة الا بدليل ومما يدل على أن المحصنات لايراد به جماعة النساء قوله تعالى الا ماملكت أيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين واذا كان المحصنات جماعة النساء لم يبق وراءهنّ من مباح فثبت أن المحصنات نوع من النساء فعلق التحريم بهنّ وأحل غيرهنّ ويدل على ذلك أيضا انه تعالى حرم فى أول الآية الأمهات والبنات والأخوات وسائر أنواع ذوات المحارم ومما يحرم بالمصاهرة وهنّ من النساء فالظاهر انه ذكر بعد ذلك نوعا من النساء لم يتقدم ذكره وعطفه على ماتقدم ولو سلمنا ان المحصنات جماعة النساء وثبت هذا بلغة أو شرع لم يكن فى ذلك مخالفة لمذهب مالك لانه يكون معناه والنساء محرمات على الرجال الا ماملكت أيمانهم بالنكاح وملك الرقبة وهذا وجه صحيح وقد روى عن عطاء وطاوس زوجتك مما ملكت يمينك وقد قال عبيدة السلمانى ان المحصنات المذكورات فى الآية هنّ مازاد على الأزواج وأباح الأربع بقوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم واستثنى من الزائد على الأربع ماملكت يمينه

(فصل) وقول سعيد بن المسيب ورجع ذلك الى أن الله حرم الزنى وروى ابن مزين عن عيسى ابن دينار أن معناه لايكون احصان بزنى ولا يكون الا بنكاح وهذا فيه نظر لانه ليس فى الآية ذكر للزنى ولا سيما على تأويل سعيد بن المسيب * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والأظهر عندى أن يكون معناه ان المحصنات اذا كنّ ذوات أزواج ولا يمكن أن ينعقد عليهنّ عقد نكاح فانما يتوجه التحريم الى الوطء دون العقد وذلك زنى الا بملك اليمين الذى استثناه وماقلنا أولا من اختيار القاضى أبى اسحاق أظهر ماقلناه فيه والله أعلم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب وبلغه عن القاسم بن محمد انهما كانا يقولان اذا نكح الحر الأمة فسها فقد أحصنته * قال مالك وكل من أدركت كان يقول ذلك تحصن الأمة الحر اذا نكحها فسها ﴾ ش قال ابن شهاب والقاسم بن محمد اذا تزوج الحر

الأمة فسها فقد أحصنته يريد الاحصان الذي يجب به على المحصن اذا زنى الرجم والاحصان على أوجه الاحصان بمعنى الحرية في قوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم * قال مالك فهن الحرائر والثاني المحصنات ذوات الأزواج من قوله تعالى والمحصنات من النساء يريد ذوات الأزواج والثالث الاحصان بمعنى العفاف قال حسان بن ثابت رضي الله عنه في عائشة رضي الله عنها

حصان رزان ما تزن بريبة * وتصبح غرثى من لحوم الغوافل

قال ابن عرفة في كلام العرب في المنع فالمرأة تكون محصنة بالاسلام لأن الأسلام يمنعها مما حرم عليها وتكون محصنة بالعفاف في الحرية ومحصنة بالتزويج وأما الاحصان الذي ذكرناه فهو الذي يستحق من حصل له بالزنى الرجم فالصفات المتقدمة من صفات هذا الوجه الآخر لأنها لا تحصن الا حرة أصيبت بنكاح وقد تقدم وجه آخر وهو أن تكون المحصنات بمعنى النساء وانما قصد القاسم بن محمد بالاحصان الوجه الآخر وفيه أربعة أبواب الاول في صفات المحصن والثاني في وصف ما يكمل به الاحصان من العقود والثالث في ذكر ما يحصل به الاحصان من الجماع والرابع ما يثبت به حكم الاحصان

(الباب الاول في صفات المحصن)

هي أن يكون بالغا حرا مسلما يصح منه الجماع وقد اختلف في اعتبار العقل فأما الصغير فانه يكون محصنا بجماعه ويحصن الكبيرة ولا يحصن الصغيرة قاله مالك في المدونة ووجه ذلك أن الفعل مضاف الى فاعله وهو الرجل فيجب أن يعتبر بحاله فاذا كان كبيرا فهو جماع واذا كان صغيرا فليس بجماع فاذا كان المجامع كبيرا والمجامعة صغيرة فله حكم الجماع التام فيجب أن يؤثر في حق من كملت له صفات الاحصان دون غيره ولا يؤثر في حق من عدم فيها شرطا من شروط الاحصان كالصبية التي عدم فيها البلوغ (مسئلة) وأما الحرية فهي من صفات الاحصان فاذا وجدت هذه الصفة في الرجل والمرأة ووجد منهما الجماع فهما محصنان ومن عدمت فيه هذه الصفة منهما لم يثبت له بالجماع حكم الاحصان ويثبت للآخر اذا وجدت فيه (مسئلة) وأما الاسلام فان كانا مسلمين فهما بالجماع محصنان وكذلك ان كان الرجل مسلما فهو المحصن دونها لوجود شرط من شروط الاحصان فيه وعدمه فيها ولا يتصور أن تكون هي المسلمة دونه لأن النكاح بينهما على هذا الوجه لا يصح (فرع) واذا ثبت للرجل أو المرأة حكم الاحصان ثم ارتد عن الاسلام فانه يسقط عنه حكم الاحصان فان رجع الى الاسلام لم يكن محصنا الا باحصان مستأنف هذا المشهور من قول مالك وابن القاسم وقال سحنون في المدونة يؤثر هذا القول وقد قال غيره من الرواة ان ردته لا تسقط حصانته ولا ايمانه ووجه القول الاول قوله تعالى لئن أشركت ليحبطن عملك وهذا قد أشرك فوجب أن يحبط كل عمل كان عمله وقد قال مالك انه اذا ارتد ثم راجع الاسلام فان فريضة الحج تعود عليه نسأل الله تعالى أن يعيذنا برحمته ووجه القول الثاني أن هذا حكم من أحكام الزوجية فلم يسقط بالردة كالطلاق ولأنه لو طلق زوجته ثم ارتد لم يبطل طلاقه وتعود بردته زوجته (مسئلة) وأما كونه ممن يصح منه الجماع فهو السليم الذي ليس به آفة تمنعه الجماع مثل أن تكون المرأة رتقاء لا يمكن وطؤها أو يكون الرجل مجبوب الذكر ولا يمكن وطؤه فان بقي منه ما يمكن وطؤه به فانه يقع به الاحصان وان كان خصيا رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه ورواه ابن المواز عن ابن القاسم ووجه ذلك أن الجماع يتأتى منه وقد وجدت فيه سائر شروط الاحصان فوجب أن يكون محصنا (مسئلة) وأما المجنون فقد

اختلف في ذلك أصحاب مالك فروى ابن المواز عن ابن القاسم ان لم يطأ الا وهي مجنونة وهو مفيق فهو المحصن دونها وان كان مجنونا وهي مفيقة فهي المحصنة دونه وقال أشهب الاعتبار في ذلك بحال الزوج فان كان مفيقا دونها فهما محصنان وان كان مجنونا دونها فلا يحصن بذلك أحدهما وقال ابن الماجشون سواء كانا مجنونين أو أحدهما فانهما محصنان وجه قول ابن القاسم أن المعنى اذا كان يؤثر في الاحصان وجب أن لا يتعدى تأثيره من وجد فيه كالحرية والاسلام ووجه قول أشهب بان الجنون لا ينقص من الحرية ومالا ينقص من الحرية فانه يعتبر فيه بحال الرجل لأنه الفاعل للوطء كوطء الصغير وهذا خالف الرق والكفر فان لكل واحد منهما تأثيرا في نقص الحرية فلذلك لم يعتبر فيه بصفة الفاعل خاصة بل كان لكل واحد من الزوجين حكم نفسه ووجه قول عبد الملك ان هذا وطء صحيح قد وجد من بالغ مسلم فوجب أن يحصن كوطء الحر المسلم وليس عندنا للجنون تأثير في منع الاحصان

(الباب الثاني في وصف ما يكمل به الاحصان من العقود)

وهو العقد الصحيح اللازم الذي لا خيار فيه فأما العقد الفاسد فلا يكون به الاحصان وقد قال ابن حبيب كل نكاح كان حراما أو فاسدا يفسخ لفساده قبل الدخول أو بعده فلا يحصن الوطء فيه ووجه ذلك أن الاحصان لما كان متعلقا بالكمال وتمام الحرمة لم يؤثر فيه العقد الفاسد لأنه مضاد للكمال ومناف له فلا تحصل به صفات الكمال (فرع) فان كان العقد مما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ووطئ بعد تمام العقل وفي الوقت الذي يحكم بصحته واثباته فانه يقع به الاحصان وأما ان وطئ قبله وهو الذي يفوت به النكاح فلم أر فيه نصا وعندي أنه يحتمل الوجهين فان قلنا انه وطء ممنوع فانه لا يقع به الاحصان لأن أوله ممنوع وباقيه كان يجب أن يكون بعد الاستبراء فيجب أن لا يقع به احصان ولا احلال وان قلنا انه مباح لزمنا ان نقول انه يقع به الاحصان لأن تناوله حال الايلاج وبه يلزم النكاح ومابعده يقع به الاحصان

(الباب الثالث في ذكر مايقع به الاحصان من الجماع في الفرج على وجه الاباحة)

فاذا غابت الحشفة أو غاب من ذكر مقطوع الحشفة بقدر ذلك على هذا الوجه فقد وجب الاحصان في حق من اجتمعت له صفات الاحصان أنزل أو لم ينزل ووجه ذلك أنه حكم يتعلق بالجماع فلا اعتبار فيه لانزال كالحدود ووجوب المهر (مسئلة) وهذا في الذكر المنتشر فان لم يكن منتشرا فقد روى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم في التي تزوجت شيخا كبيرا فأدخلت بأصبعها ذكره في فرجها ان انتشر بعد ذلك أحلها للمطلق ثلاثا وان بقي على ذلك لم يحلها قال محمد عن ابن القاسم فان وطئها فوق الفرج فدخل ماؤه في فرجها فأنزلت هي لم يحصنها ذلك ولم يحلها والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا كان الوطء مباحا عاريا من الكراهية وأما اذا تعلقت به كراهية أو تحريم كوطء الصائم أو المحرم أو المعتكف فانه لا يقع به الاحصان هذا الذي رواه ابن القاسم عن مالك وبه يأخذ مطرف زاد محمد بن عبد الملك وكذلك الحائض والمظاهر منها وروى عن مالك يحصن ولا يحل للمطلق ثلاثا وبه قال المغيرة وابن دينار وانفرد ابن الماجشون بقوله يحل ويحصن وبه يأخذ ابن حبيب ووجه نفي الاحصان ماقدمناه من انه معنى يؤثر في الاحصان فوجب أن يقع على وجه الصحة كعقد النكاح ووجه اثبات الاحصان ان هذا الوطء لا يؤثر في النكاح لأنه وطء مباح وانما وقع على صفة محظورة وذلك لا يمنع وقوع الاحصان به (فرع) اذا قلنا ان الصائم يمنع الاحصان فالذي روى محمد ان الصائمة تمنع

الاحصان ولم يفصل قال وهكذا كل مانهى النبي صلى الله عليه وسلم عن مواقعة الجماع فيه وقال ابن حبيب ما كان من صيام نذر معين أو صيام رمضان أو كفارة قتل أو ظهار أو يمين أو فدية أذى أو كل صوم في كتاب الله تعالى واجب فهذا الذي اختلف فيه أصحابنا على ماتقدم وأما صيام التطوع أو قضاء رمضان أو نذر غير معين فمجمع عليه من قول مالك وأصحابه ان الوطء في ذلك يحل و يحصن وهذا مخالف لما في المدونة والموازية

﴿ الباب الرابع فيما يثبت به حكم الاحصان ﴾

حكم الاحصان أن يبنى بها و يتفقا على الاقرار بالوطء فان أقر به أحدهما وأنكره الآخر فانه لا يقع به الاحصان للمقر ولا للمنكر رواه ابن القاسم عن مالك في المدونة والموازية وزاد سحنون في المدونة قال بعض الرواة يقول لها ان تسقط ما أقرت به من الاحصان قبل أن يوجد في زنا و بعده وجه القول الأول ان الاحصان حكم يلزمها بالوطء فلا يثبت الا باتفاقهما عليه به و وجه القول الثاني ما احتج القائل به من ان الزوجة اذا كانت هي المقرة أن تقول أردت بالاقرار أخذ المهر وللزوج أن يقول أردت ان أثبت عليها الرجعة وأوجب عليها العدة والحدود تؤثر في اسقاطها الشبهة ولما كان يجوز اسقاط الحد جملة بالرجوع عن الاقرار فكذلك يجوز اسقاط صفة من صفاته بالانكار بعد الاقرار والرجوع الى شبهة (مسئلة) فان طالت مدة مقامها عند الزوج العشر بن سنة ونحوها ثم وجدت تزنى فأنكرت وطء الزوج وأقر به الزوج فقد قال ابن القاسم في المدونة هي محصنة قال سحنون وكذلك غيره من الرواة لانها تريد أن تدفع بانكارها حقا وجب لم يتقدم لها فيه دعوى وفي كتاب الرجم من المدونة ان طال مقامها معه ثم زنا فقال لم أجامعها انه لم يعلم وطؤه اياها بوطء ظاهر أو اقرار فلا حد عليه عند مالك و يحلف فان علم منه اقرار بالوطء رجم قال يحيى بن عمر وهذه خير من التي في كتاب النكاح وفي الموازية عن عبد الملك ان حدها الرجم اذا أنكرت الوطء بعد الزنا ولو لم يبت عندها الا ليلة واحدة قال محمد وهو قول ابن القاسم (فرع) وهذا اذا كان بعد الزنا وأما اذا طالت المدة واختلفا في الوطء قبل الزنا فانها لا تكون محصنة وان كان قد أقام معها الدهر الطويل والسنين الكثيرة فارقها في ذلك أو لم يفارقها رواه محمد عن عبد الملك قال لان طول المقام لا يمنعها انكار الوطء كما لو ادعت عليه العنت لكان لها ذلك بعد طول المدة فكذلك في مسئلتنا مثله ص ﴿ قال مالك يحصن العبد الحرة اذا مسها بنكاح ولا تحصن الحرة العبد الا ان يعتق وهو زوجها فيمسها بعد عتقه فان فارقها قبل أن يعتق فليس بمحصن حتى يتزوج بعد عتقه و يمس امرأته ﴾ ش وهذا كما قال ان العبد يحصن زوجته الحرة و به قال جمهور الفقهاء وقال عطاء لا يحصنها والدليل على ماذهب اليه الجمهور ان هذه موطوءة بنكاح عرا عن الفساد والخيار وقد وجدت فيها صفات الاحصان فوجب أن تكون محصنة كما لو كان زوجها حرا (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان العبد انما يحصن زوجته الحرة بنكاح أذن فيه السيد فان أصابها بنكاح لم يأذن فيه سيده ففرق بينهما فلا خلاف على المذهب نعلمه انه لا يقع به الاحصان وان أجاز السيد النكاح بعد ان وطئها فالمشهور من المذهب انه لا يحصنها ماتقدم من وطئها وكذلك كل وطء فيه خيار لا حد فيه كوطء المجبوب والمجنون والمجذوم قبل أن تعلم الزوجة داءه فانه لا يقع بشيء من ذلك الاحصان (مسئلة) فان وطئ بعد الاجازة فلا خلاف نعلمه في المذهب أن الاحصان يحصل للزوجة الحرة لانه وطء كامل لا خيار فيه لاحد صادف من كملت له صفات الاحصان فوجب أن يحصن

قال مالك يحصن العبد الحرة اذا مسها بنكاح ولا تحصن الحرة العبد الا أن يعتق وهو زوجها فيمسها بعد عتقه فان فارقها قبل أن يعتق فليس بمحصن حتى يتزوج بعد عتقه و يمس امرأته

(فصل) وقوله فان عتق العبد فوطئها بعد عتقه فقد أحصنته لان صفات الاحصان قد تجمعت فيه ولو فارقها قبل أن يعتق ثم أعتق فانه لا يكون محصنا بما تقدم من وطئها قبل الفراق والعتق وانما يكون احصانه بعد هذا بان يتزوج بعد العتق ثم يصيب امرأته والله أعلم ص ﴿ قال مالك والأمة اذا كانت تحت الحر ثم فارقها قبل أن تعتق فانه لا يحصنها نكاحه اياها وهي أمة حتى ينكحها بعد عتقها ويصيبها زوجها فذلك احصانها ﴾ ش وهذا كما قال ان الأمة اذا كانت تحت الحر فانه لا يحصنها نكاحه ووطؤه اياها في حال رقها ولا يثبت لها حكم الاحصان بما تقدم من اصابته اياها حتى يعتق ثم يصيبها زوج بعد العتق وانما قال مالك حتى تنكح بعد عتقها ويصيبها زوجها فمن لا زوج لها فاما أن يكون عقد نكاحها بعد عتقها شرطا في احصانها فلا بل اذا كان لها زوج قبل العتق بذلك النكاح بعد العتق فانه يحصنها اذا كان حرا ولو كان عبدا وأصابها قبل أن تعلم بعتقها لم يحصنها ذلك لان الخيار لها في المقام معه والمفارقة له ثابت وقد تقدم ان كل وطء يبقى خيارا فانه لا يقع به الاحصان ص ﴿ قال مالك والأمة اذا كانت تحت الحر فتعتق وهي تحته قبل أن يفارقها انه يحصنها اذا اعتقت وهي عنده اذا هو أصابها بعد أن تعتق ﴾ ش وهذا كما قال ان الأمة اذا كانت تحت الحر فتعتق وهي تحته فانه يحصنها اذا هو أصابها بعد العتق عالمة كانت بالعتق أو جاهلة لان عتقها لا يوجب لها خيارا فمتى أصابها بعد العتق فقد صادف وطؤها نكاحا صحيحا لازما فاذا وقع الوطء على وجه الصحة أوجب الاحصان لاجتماع صفات الاحصان فيها والله أعلم ص ﴿ قال مالك والحرة النصرانية واليهودية والامة المسلمة يحصن الحر المسلم اذا نكح احداهن فأصابها ﴾ ش وهذا كما قال ان الصفات المانعة من الاحصان انما تؤثر اذا كانت صفات نقص حرمة في منع احصان من وجدت فيه واذا كانت صفات تمام حرمة فانها تؤثر في اثبات الاحصان فيمن وجدت فيه ولم تتعدا الى غيره ولما كان الكفر والرق من صفات النقص أثرت في منع الاحصان فيمن وجدت فيه ولم يتعد المنع الى غيره والحر المسلم البالغ تحصنه الامة المسلمة والحرة والكتابية ولا يتعدى نقصهن اليه فيمنعه الاحصان كما لا يتعدى تمام حرمته التي يثبت له بها حكم الاحصان بنكاحه احداهن واصابتها

﴿ نكاح المتعة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن أبيهما عن علي بن أبي طالب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الحمر الانسية ﴾ ش قوله رضي الله عنه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء يوم خيبر يريد انه نهى ذلك اليوم عنها ونسخ ما تقدم من اباحتها والمتعة المذكورة هي النكاح المؤقت مثل أن يتزوج الرجل المرأة الا سنة أو شهرا أو أكثر من ذلك أو أقل فاذا انقضت المدة فقد بطل حكم النكاح وكمل أمره قاله ابن المواز وابن حبيب زاد ابن حبيب أو مثل أن يقول المسافر يدخل البلد أتزوجك ما أقمت حتى أقفل وقد كانت هذه المتعة في أول الاسلام مباحة وكان عبد الله بن عباس علم الاباحة ولم يعلم التحريم حتى أنكر عليه علي بن أبي طالب رضي الله عنه اباحة ذلك وأعلمه بما ورد في ذلك من التحريم وقد روى محمد بن الحنفية ان عليا بلغه ان رجلا لا يرى بالمتعة بأسا فقال انك رجل تائه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وعن لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر وقد روى ابن حبيب أن ابن عباس وعطاء كانا يجيزان المتعة ثم رجعا عن ذلك ولعل عبد الله بن عباس انما رجع

* قال مالك والامة اذا كانت تحت الحر ثم فارقها قبل أن تعتق فانه لا يحصنها نكاحه اياها وهي أمة حتى تنكح بعد عتقها ويصيبها زوجها فذلك احصانها والامة اذا كانت تحت الحر فتعتق وهي تحته قبل أن يفارقها فانه يحصنها اذا عتقت وهي عنده اذا هو أصابها بعد أن تعتق وقال مالك والحرة النصرانية واليهودية والامة المسلمة يحصن الحر المسلم اذا نكح احداهن فأصابها

﴿ نكاح المتعة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي ابن أبي طالب عن أبيهما عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الحمر الانسية

لقول على له والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه ان وقع يفسخ زاد الشيخ أبو القاسم قبل البناء وبعده ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ومن جهة المعنى انه عقد نكاح فسد بعقده فوجب أن يفسخ قبل البناء وبعده كالنكاح بغير ولي (مسئلة) فان تزوج رجل امرأة على أن يأتيها نهارا ولا يأتيها ليلا فقد روى محمد بن القاسم ان ذلك مكروه ولا أحرمه فان وقع فقد روى محمد عن ابن القاسم يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وقال الشيخ أبو القاسم يفسخ قبل البناء وبعده وجه المنع في ذلك أن فيه شيأ من المتعة وذلك انه قد دخل مدة النكاح التحديد وذلك يؤثر في فساده ووجه ثان وهو انه قد شرط في النكاح ضد مقتضاه لان مقتضاه تأبد المواصلة واستكمال ملكه على منفعة البضع فلا يجوز أن يشترط ما يمنع ذلك ولذلك لم يكن للمرأة زوجان وانما قلنا يفسخ قبل البناء وبعده لان الفساد في العقد (مسئلة) ويجب لها بالبناء عند ابن القاسم مهر المثل وعند محمد بن المواز المسمى وبه قال الشيخ أبو القاسم وهو الصواب لان الفساد في العقد دون المهر (مسئلة) ومن تزوج امرأة لا يريد امساكها الا انه يريد أن يستمتع بها مدة ثم يفارقها فقد روى محمد عن مالك ذلك جائز وليس من الجميل ولا من أخلاق الناس ومعنى ذلك ما قاله ابن حبيب ان النكاح وقع على وجهه ولم يشترط شيأ وانما نكاح المتعة ما شرطت فيه الفرقة بعد انقضاء مدة قال مالك وقد يتزوج الرجل المرأة على غير امساك فيسره أمرها فيمسكها وقد يتزوجها يريد امساكها ثم يرى منها ضد الموافقة فيفارقها يريد ان هذا لا ينافي النكاح فان للرجل الامساك أو المفارقة وانما ينافي النكاح التوقيت ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير ان خولة بنت حكيم دخلت على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت ان ربيعة بن أمية استمتع بامرأة مولدة فحملت منه فخرج عمر بن الخطاب فزعا يجر رداءه فقال هذه المتعة ولو كنت تقدمت فيها لرجمت ﴾ ش قوله فخرج عمر بن الخطاب رضي الله عنه فزعا يجر رداءه يريد انه عظم هذا الامر واستشنع أن يقع ما تقدم فيه للنبي صلى الله عليه وسلم من المنع والتحريم فاعجله ذلك على أن يهتبل بأمر ردائه

(فصل) وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه هذه المتعة يريد والله أعلم المتعة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها ولو كنت تقدمت فيها لرجمت يريد أعلمت الناس اعلاما شائعا بما اعتقد في ذلك وأخذ به من التحريم حتى لا يخفى ذلك على من فعله فيكون المتمتع مقتحما للتحريم فأشار بهذا الى انه من جهل التحريم وكان الامر المحرم مما لا يمكن أن يخفى مثله ولا يعلم علمه وقد تقدمت فيه اباحة فانه يدرأ فيه الحد ويحتمل أن يكون قد علم بعض الخلاف من أحد من الصحابة فأراد بقوله لو تقدمت فيه بينة ما عندي فيه من النص الذي لا يحتمل التأويل فيزول الخلاف لرجمت لتقدم الاجماع وانعقاده فيه

(فصل) وقوله رضي الله عنه لو كنت تقدمت فيه لرجمت روى ابن مزين عن عيسى بن دينار وعن يحيى بن يحيى عن ابن نافع انه يرجم من فعل ذلك اليوم ان كان محصنا ويجلد من لم يحصن وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ عن ابن القاسم لا رجم فيه وان دخل على معرفته منه بمكروه ذلك ولكن يعاقب عقوبة موجعة لا يبلغ بها الحد وروى عن مالك انه قال يدرأ فيه الحد ويعاقب ان كان عالما بمكروه ذلك وجه قول عيسى بن دينار ما روى عن عمر بن الخطاب انه قال ذلك للناس وخطبهم به وخطبه تنتشر وقضاياه تنتقل ولم ينكر ذلك عليه أحد ولا حفظ له مخالف ووجه القول الثاني ما احتج به أصبغ من رواية ابن مزين عنه ان كل نكاح حرمته السنة ولم يحرمه

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير أن خولة بنت حكيم دخلت على عمر بن الخطاب فقالت ان ربيعة بن أمية استمتع بامرأة فحملت منه فخرج عمر بن الخطاب فزعا يجر رداءه فقال هذه المتعة ولو كنت تقدمت فيها لرجمت

القرآن فلا حد على من أتاه عالماً عامداً وانما فيه النكال وكل نكاح حرمه القرآن أتاه رجل عالماً عامداً فعليه الحد قال وهذا الأصل الذى عليه ابن القاسم * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى ان ما حرمته السنة ووقع الاجماع والانكار على تحريمه يثبت فيه الحد كما يثبت فيما حرمه القرآن قال والذى عندى فى ذلك ان الخلاف اذا انقطع ووقع الاجماع على أحد أقواله بعد موت قائله وقبل رجوعه عنه فان الناس مختلفون فيه فذهب القاضى أبو بكر الى أنه لا ينعقد الاجماع بموت المخالف فعلى هذا حكم الخلاف باق فى حكم قضية المتعة وبذلك لا يحد فاعله وقال جماعة انه ينعقد الاجماع بموت احدى الطائفتين فعلى هذا قد وقع الاجماع على تحريم المتعة لانه لم يبق قائل به فعندى هذا يحد فاعله وهذا على قولنا انه لم يصح رجوع عبد الله بن عباس عنه ومما يدل على أنه لم ينعقد الاجماع على تحريمه انه يلحق به الولد ولو انعقد الاجماع بتحريمه وأتاه أحد عالماً بالتحريم لوجب أن لا يلحق به الولد والله أعلم ويحتمل أن يريد بذلك لو كنت أعلمت الناس برأيى فى ذلك من تحريمه ووجوب الحد على من أتاه لأقمت الحد فيه بالرجم وغيره لان الأحكام لا تجرى عند الخلاف الا على ما رآه الامام الذى يحكم فى ذلك لاسيما اذا كان عنده فى ذلك من النص أو وجه التأويل ما يمنع قول المخالف وبالله التوفيق

﴿ نكاح العبد ﴾

﴿ نكاح العبد ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك أنه سمع ربيعة بن أبى عبد الرحمن يقول ينكح العبد أربع نسوة قال مالك وهذا أحسن ما سمعت فى ذلك

ص ﴿ مالك انه سمع ربيعة بن أبى عبد الرحمن يقول ينكح العبد أربع نسوة قال مالك وهذا أحسن ما سمعت فى ذلك ﴾ ش قوله ينكح العبد أربع نسوة يريد ان هذا العدد مباح له أن يجمع بينهن كالحر ولا خلاف فى جواز ذلك للحر وهل يجوز ذلك للعبد أم لا قال مالك بجوازه وروى أشهب عن مالك انه قال انا لنقول ذلك وما أدرى ما هذا وروى محمد عن ابن وهب عن مالك انه قال لا يتزوج العبد الا اثنين وبه قال الليث وأبو حنيفة والشافعى وابن حنبل وجه القول الأول قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ولم يفرق بين الحر والعبد فان قيل فان معنى قوله ما طاب لكم ما حل لكم فبينوا أولا ان المماثلة حلال للعبيد حتى يثبت بتأويل الآية له فالجواب ان الخطاب عام فى مواجهة الأحرار والعبيد فاذا قال لهم فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فقد بين لهم ان الذى يطيب ويحل هو مثنى وثلاث ورباع وجواب ثان وهو ان لفظة الطيب أبين فى اللذة وما يشتهيه الانسان لاسيما اذا أضيف ذلك الى المستطيب فقيل له افعل ما طاب لك فاذا أطلق ولم يضف الى المكلف جاز أن يراد به الاباحة على وجه المجاز ولو جاز حمله على الوجهين مع الاضافة لكان فيما قلنا أظهر فيجب حمله عليه فان الخطاب متوجه الى الأحرار دون العبيد لان نفقات زوجات العبيد على ساداتهم وهو تعالى يقول ذلك أدنى أن لا تعولوا معناه يكثر عيالكم ويشق الانفاق عليكم كذلك فسره زيد بن أسلم فالجواب ان هذا القول اعتبر به زيد بن أسلم ولا يلزم ذلك بل لا يصح لانه لا يقال عال يعول اذا كثر عياله وانما يقال من ذلك أعال يعيل اذا كثر عياله وانما يقال عال يعول اذا مال وعالت الفريضة تعول اذا زاد حسابها والعول قوت العيال وهو ما يعالون به والعيلة الحاجة يقال منه عال يعيل اذا افتقر والذى قال به جماعة أهل التفسير ان معنى قوله أن لا تعولوا أن لا تميلوا كذلك روى عن ابن عباس وعكرمة ومجاهد والحسن والنخعى والشعبى وقتادة والليث بن سعد وغيرهم وأنشدوا بيت أبى طالب

بميزان قسط لا يخس شعيرة * ووزان صدق وزنه غير عائل

* قال مالك والعبد مخالف للمحلل ان أذن له سيده ثبت نكاحه وان لم يأذن له سيده فرق بينهما والمحلل يفرق بينهما على كل حال اذا أريد بالنكاح التحليل

يعني غير مائل ومعنى ذلك انه اذا قل زوجاته اللاتي يخاف أن لا يعدل بينهن كان أبعد له من الميل والجور فيما بينهن يبين ذلك قوله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ويدل على صحة هذا التأويل انه عز وجل قال فواحدة أو ما ملكت أيمانكم فذكر ما لا يحرم فيه الميل من السراري ولا يلزم بينهن العدل ولو أراد النهي عن كثرة العيال والانفاق لما قال ذلك لان كثرة العيال تحصل بالاماء كما تحصل بالأحرار والانفاق يلزم عليهن كما يلزم للزوجات وجواب ثان وهو انا لا نسلم ان العبد لا تلزمه النفقة على زوجاته بل ذلك له لازم فيما يتصدق به عليه أو يوصى له به وأما سيده فلا يلزمه شيء من نفقتهن ومن جهة المعنى ان ما طريقه الشهوة والملاذ يتساوى فيه حكم الحر والعبد كالأكل والشرب ووجه القول الثاني قوله تعالى هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء ومعنى ذلك انكار مساواة العبد الأحرار فيما رزقوه ويلغى هذا الحكم ولو جاز لعبد أن يتزوج أربعا لكان قد ساوى الحر فيما رزقه والاستدلال بالآية ليس بالبين الا أن الباري تعالى نفى أن يكون له شريك فيما خلقه وتملكه كما ليس لعبيدنا شركة فيما رزقناه وزوجة العبد ليس مما رزقناه فيشاركنا فيها وأما الأحكام فان العبيد يشاركون الأحرار في أحكام كثيرة من جواز الوطء بالنكاح وملك اليمين وتحريم الظلم لهم واباحات المباحات من الملاذ والاطعمة والاشربة وغير ذلك وأما النكاح فقد أبيح للعبد منه ما لم يبح للحر وهو نكاح الاماء من غير عدم طول ولا خوف عنت وجواب ثان وهو انا لو سلمنا ان المراد بذلك نفي مساواة العبد للحر في النكاح لحملناه على أن العبد لا ينكح الا باذن سيده والحر ينكح بغير اذن فثبت بذلك عدم المساواة وليس في الآية دليل على نفي المساواة في عدد الزوجات ولا لفظ عام يتعلق به ولذلك تساوى الامة الحرة في عدد الازواج وقد تعلق في هذا القول من احتج باجماع الصحابة فانه مروي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم ولا مخالف لهم وهذا لم يشتهر من قولهم اشتهارا يصح به دعوى الاجماع مع انه لا يخلو من الخلاف ووجه هذا القول من جهة المعنى انه معنى ذو عدد بني على التفضيل فوجب أن لا يساوي فيه العبد الحر كالطلاق والعدد والحدود ووصفه بانى بني على التفضيل غير مسلم

(فرع) اذا قلنا يتزوج أربعا فانه يجوز أن يكون جميعهن حرائر وجميعهن اماء وبعضهن حرائر وسائرهن اماء رواه محمد عن أشهب عن مالك ووجه ذلك انه ذكر يجوز له نكاح أربع فجاز أن ينكح أربع حرائر كالحر ص ﴿ قال مالك والعبد مخالف للمحلل ان أذن له سيده ثبت نكاحه وان لم يأذن له سيده فرق بينهما والمحلل يفرق بينهما على كل حال اذا أريد بالنكاح التحليل ﴾ ش قوله والعبد مخالف للمحلل يريد ان نكاح العبد يثبت اذا أذن فيه السيد ونكاح المحلل لا يثبت بوجه ولا بد من فسخه اذا أريد به التحليل وذلك أن يقصد به تحليل المطلقة ثلاثا لمن طلقها وأما من تزوج لغير تحليل ثم طلق أو أقام فليس بمحلل والفرق بين نكاح العبد انه يجوز باجازة السيد وبين نكاح المحلل فانه لا يجوز باجازة مجيز ان نكاح العبد انما رد لحق السيد فان أجازه السيد جاز ونكاح المحلل انما رد لحق الله تعالى فليس لاحد اجازته وفي نكاح العبد ثلاثة أبواب * الأول في ملك السيد نكاح العبد * والثاني فيما يجوز من عقده على نفسه وتجويز السيد له وفسخه * والثالث في حكم المهر والنفقة في نكاحه

(الباب الأول في ملك السيد نكاح العبد)

السيد يملك نكاح العبد وله أن يجبره عليه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه لا يجبره

على النكاح والدليل على صحة ماقلناه قوله تعالى وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم فلنا من هذه الآية دليلان أحدهما انه أمرهم بذلك ولو لم يملكوا الانكاح لما أمرهم به والثاني انه قرن ذكرهم بذكر الاماء وقد أجمعنا على ان للسيد اجبار أمته على النكاح فيجب أن يكون العبد بمنزلتها وهذا مذهب القاضي أبي محمد في استدلاله بالقرائن ومن جهة المعنى أن من يملك رقه يملك اجباره على النكاح كالامة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه انما يجوز له ذلك اذا انفرد بملك جميعه ولم يرد بانكاحه ذلك الاضرار به فان كان له فيه شريك أو كان بعضه حرا لم يملك اجباره على النكاح لانه لا يملك انتزاع ماله فلا يملك انكاحه كالحر (مسئلة) اذا تزوج العبد باذن سيده أو زوجه سيده جبرا ملك ارتجاع زوجته ووجه ذلك انه لما أباح له البضع بالنكاح أو أذن له فيه فقد ملك جميع أحكامه فليس له منعه من ذلك بعد العقد كما ليس له منعه من الوطء والرجعة من أحكام النكاح فلكها العبد بذلك (مسئلة) لا يجبر السيد على انكاح عبده ولا انكاح أمته وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه يجبر على نكاح عبده والدليل على مانقوله انه محض ملك رقه فاذا دعاه الى انكاحه لم يلزمه ذلك كالامة (مسئلة) ولا يجبر السيد على انكاح مكاتبه رواه ابن المواز عن مالك وكذلك المدبر والمعتق الى أجل والمعتق بعضه لان من كان محبوسا بالرق لم يكن له أن يتزوج الا باذن سيده المالك لرقه كالعبد القن

(الباب الثاني فيما يجوز من عقده على نفسه وتجويز السيد له وفسخه)

أما في حكم عقده على نفسه وتجويز السيد له وفسخه فانه لا يخلو اذا تزوج العبد أن يتزوج باذن سيده أو بغير اذن سيده فان تزوج باذنه فنكاحه صحيح وان باشر العبد العقد لانه من جنس من يصح عقده النكاح وانما اعتبر في ذلك اذن السيد لتعلق حقه بمنافعه وماله وان تزوج بغير اذن سيده فان للسيد فسخه وهل له أن يجيزه المشهور من المذهب ان له اجازته وحكى القاضي أبو الفرج ان القياس يقتضي انه لا يجوز اجازة السيد قال وهو الصحيح عندي وجه القول الأول انه عقد باشره من يصح عقده وانما فيه الخيار للسيد لتعلق حقه بمنافعه وماله والخيار اذا ثبت بالشرع دون الشرط لم يمنع صحة النكاح كخيار الرد بالعنة والجذام والبرص والجنون ووجه القول الثاني ما احتج به من أنه لو جاز ذلك لجاز انكاح الرجل ابنة الاجنبي البكر ان أجاز ذلك أبوها والقول الأول أصح لان نكاح العبد انما هو موقوف على الفسخ كالرد بالعيب وانكاح الرجل ابنة الأجنبي موقوف على الاجازة فلا يجوز كاشتراط الخيار (فرع) فاذا قلنا ان للسيد الفسخ أو الاجازة فان أراد الفسخ فانه يكون طلاقا وكم طلقة يملك السيد من ذلك روى محمد بن المواز عن مالك ان السيد مخير بين أن يطلقها عليه واحدة أو البتة وفي المدونة عن مالك قولان أحدهما هذا والثاني ليس له أن يطلقها الا طلقة واحدة وتكون تلك الطلقة بائنة وجه القول الأول ما احتج به من ان من كان بيده ايقاع الطلاق بالشرع فانه يملك ايقاع الواحدة والبتة كالزوج ووجه القول الثاني انه انما ثبت ذلك للسيد لما أدخل عليه النكاح في عبده من العيب والطلقة الواحدة البائنة تفرغ له عبده وتزيل عنه عيبه فلا حاجة له الى أكثر من ذلك فلم يكن له ايقاعه (مسئلة) فان علم السيد بنكاح عبده فقال لا أجيز ثم أراد بعد ذلك الاجازة فقد روى محمد عن مالك انه قال ان كان ذلك قريبا من مجلسه وكان كلاما كالمراجعة والجواب فلا بأس بذلك وأما ان قال لا أجيز ثم قال بعد أيام أجزت فلا أراه جائزا ومعنى ذلك انه ان كان أراد بقوله لا أجيز التفريق فان هذا لا تكون له الاجازة بعد الفسخ وان أراد به التوقف في الأمر

والتأمل و بين ذلك بأن قال سأشاور نفسي أو ما أشبه فان لهذا أن يجيز أو يفسخ وان قام من مجلسه وأما ان قال لا أجيز ولم يبين المراد به فهذا له أن يجيز ما دام في مقامه و يصدق السيد ما دام في مجلسه فيما زعم انه أراد بقوله لا أجيز وروى ابن المواز عن ابن القاسم انه قال يصدق في ذلك ما لم يقم فان قام من مجلسه لم تكن له الاجازة وهذا كله معنى قول محمد ووجه ذلك ان قيامه من مجلسه مع ما تقدم من قوله ولم يبين مراده نسبة ظاهرة في أن مراده التفريق (مسئلة) وان أراد السيد الفسخ بعد القيام من المجلس وقد بين في المجلس انه يريد استدامة الخيار فان له ذلك الا أن يستمتع العبد بزوجه بعد علم السيد بنكاحه على وجه كان يقدر سيده على منعه من ذلك فلا يكون له الفسخ بعد ذلك لانه قد استمتع بها باذن سيده أو ما يقوم مقامه من التمكين وذلك أبين ما يكون من الاجازة ومثل ذلك أن يعلم السيد بنكاح عبده بغير اذنه ثم رآه يدخل عليها فلم يمنعه فان النكاح جائز والصداق على العبد ونحوه روى عيسى عن ابن القاسم

(الباب الثالث في حكم المهر والنفقة في نكاح العبد)

العبد لا يخلو أن ينكح باذن سيده أو بغير اذنه فان نكح باذنه فالمهر في ذمة العبد ليس على السيد منه شئ الا أن يلتزم ذلك ومعنى ذمة العبد ما يطرأ له بعد النكاح من مال بصدقة أو هبة أو نحو ذلك فبه يتعلق المهر والنفقة على الزوجة دون مكاسبه التي هي عوض حركاته بصنعة أو خدمة وقال الشافعي المهر والنفقة في مكسبه الذي هو عوض من حركاته والدليل على ما نقوله ان اذن السيد لعبده في النكاح لما كان لا يخرج من ملكه شيأ من رقبته فكذلك لا يخرج عنه حقا من منافعه (مسئلة) ان كان نكح باذن سيده فأنكر السيد قدر المهر فان كان مهر مثله لزمه ذلك وان كان أكثر من مهر مثله لم يجز ذلك على السيد الا أن يشاء فان علم بذلك السيد واعترض فيه قبل البناء فالزوجة مخيرة بين أن ترضى من ذلك بمهر المثل و بين أن تمتنع فيفسخ النكاح فان علم بذلك بعد البناء فاعترض فيه بعد لزوم النكاح وفواته كان له أن يسترد ما زاد على مهر المثل ووجه ذلك أن اطلاق الاذن انما يقتضي المعتاد فلا يلزمه ما زاد على ذلك (مسئلة) وان كان نكح بغير اذن سيده فأجاز السيد فلها جميع المهر لان اجازته للنكاح اجازة للمهر قاله ابن حبيب ومحمد وان فسخ النكاح قبل البناء فلا شئ لها من المهر وان فسخه بعد البناء استرده السيد الا قدر ما يستحل به وهو ربع دينار لان المال مال السيد ووجه ذلك ان مال العبد قد تعلق به حق السيد ولذلك يجوز له انتزاعه منه فليس للعبد التصرف فيه الا باذنه وأما ما ارتجع من المهر فقد قال ابن حبيب انه في ذمة العبد والله أعلم (مسئلة) وأما نفقة الزوجة فلا يكون على السيد شئ منها سواء نكح باذنه أو بغير اذنه فان كانت حرة فالنفقة على العبد على كل حال وقد روى ابن المواز عن مالك أحب الى اذا نكح العبد أن تشترط عليه النفقة باذن السيد ووجه ذلك ما قدمناه من تعلق حق السيد بمال العبد فان كانت أمة فقد اختلف قول أصحابنا فيها وقد فسرته في باب جامع الطلاق (فرع) والسيد أولى بخراجه وبما في يده فان وجد العبد ما ينفق عليها من صدقة أو هبة أو وصية والا تلوم له فان وجد نفقة والا فرق بينهما كالحرة قاله ابن حبيب ص ❊ قال مالك في العبد اذا ملكته امرأته أو الزوج يملك امرأته ان ملك كل واحد منهما صاحبه يكون فسخا بغير طلاق وان تراجعا بنكاح بعد لم تكن تلك الفرقة طلاقا ❊ ش وهذا كما قال ان ملك أحد الزوجين الآخر فسخ لنكاحه لان ملك اليمين ينافي النكاح ولذلك لا يجوز للرجل أن يتزوج أمته ولا يجوز للمرأة أن تتزوج عبدها ولما كان ملك اليمين أقوى لانه يملك الرقبة

❊ قال مالك في العبد اذا ملكته امرأته أو الزوج يملك امرأته ان ملك كل واحد منهما صاحبه يكون فسخا بغير طلاق وان تراجعا بنكاح بعد لم تكن تلك الفرقة طلاقا

والمنافع كلها أبطل حكم النكاح تقدم النكاح أو تأخر فان تقدم ملك اليمين لم يصح النكاح ولو تزوج أمته لم تكن زوجة له وبقيت على حالها أمة له (مسئلة) ومن له عبد له أمة فزوجها منه صح النكاح لان تزويجها منه انتزاع للامة ولا يجوز للرجل أن يتزوج أمة لا يجوز له وطؤها مثل أن يكون له فيها بقية رق كأم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة الى أجل والمعتق بعضها ولا يتزوج أمة له فيها شبهة ملك كأمة عبده وأمة ابنه واحتج ابن القاسم فى أمة الابن بانها مال له لا حد عليه فى وطئها ولا نعلم فى هذا خلافا بين أصحابنا الا ما رواه ابن المواز عن عبد الله بن عبد الحكم انه كان يجيز انكاح الأب أمة الابن على ما يكره

(فصل) وقوله ان ملك كل واحد منهما صاحبه يكون فسخا يقتضى أن النكاح اذا انعقد على صحة ثم طرأ عليه ملك أحدهما لصاحبه فسخ النكاح وبطل وهكذا يجب أن يكون حكم كل نكاح تقدم على الصحة وطرأ عليه ما يوجب تحريمه ويمنع استدامته فلو أن رجلا زوج ابنه أمته ثم توفى فورثها أو ورث جزأ منها لانفسخ نكاحها وكذلك لو زوج ابنته عبده ثم توفى فورثت جزأ منه لانفسخ نكاحها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يكون ذلك قبل البناء أو بعده فان كان قبل البناء فقد وقع فى كتاب الشيخ أبى القاسم فيمن اشترى زوجته قبل البناء لها نصف الصداق والمشهور من قول مالك لا شئ لها وجه قول مالك ان الفرقة جاءت من قبل الزوج كالطلاق ووجه القول الثانى انه معنى يوجب الفسخ قبل البناء فلم يجب به شئ من الصداق كالرضاع

(فصل) وقوله يكون فسخا بغير طلاق وان تراجعا بنكاح بعد لم تكن الفرقة طلاقا يريد انهما لا يتراجعان الا بنكاح جديد ولا رجعة له عليها بحكم النكاح الأول لانه قد انفسخ وبطل حكمه وخرجا عنه بغير طلاق ولذلك اذا تزوجها بنكاح جديد لم تعتد عليه فرقة الفسخ طلقة بل يبقى له عليها ثلاث تطليقات ان كان حرا أو طلقتان ان كان عبدا ص * قال مالك والعبد اذا أعتقته امرأته اذا ملكته وهى فى عدة منه لم يتراجعا الا بنكاح جديد * ش وهذا كما قال ان العبد اذا ملكته امرأته بعد أن طلقها وهى فى عدة منه وأعتقته وصار ممن يجوز له أن يتزوجها لحر وجه عن ملكها فانهما لا يتراجعان الا بنكاح جديد لأنه وان كان طلاقه اياها رجعيا فان ملكها اياه قد قطع ما كان له عليها من الرجعة وقد ارتفع ذلك الملك ووجه ذلك أن ما أزال الملك منع الرجعة كالردة

* نكاح المشرك اذا أسلمت زوجته قبله *

ص * مالك عن ابن شهاب أنه بلغه أن نساء كن فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلمن بأرضهن وهن غير مهاجرات وأزواجهن حين أسلمن كفار منهن بنت الوليد بن المغيرة وكانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الاسلام فبعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمه وهب بن عمير برداء رسول الله صلى الله عليه وسلم أمانا لصفوان بن أمية ودعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الاسلام وأن يقدم عليه فان رضى أمرا قبله والا سيره شهرين فلما قدم صفوان على رسول الله صلى الله عليه وسلم بردائه ناداه على رؤس الناس فقال يا محمد ان هذا وهب بن عمير جاءنى بردائك وزعم انك دعوتنى الى القدوم عليك فان رضيت أمرا قبلته والا سيرتنى شهرين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انزل أبا وهب فقال لا والله لا أنزل حتى تبين

* نكاح المشرك اذا أسلمت زوجته قبله *
* حدثنى مالك عن ابن شهاب أنه بلغه أن نساء كن فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلمن بأرضهن وهن غير مهاجرات وأزواجهن حين أسلمن كفار منهن بنت الوليد بن المغيرة وكانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان ابن أمية من الاسلام فبعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمه وهب بن عمير برداء رسول الله صلى الله عليه وسلم أمانا لصفوان بن أمية ودعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الاسلام وأن يقدم عليه فان رضى أمرا قبله والا سيره شهرين فلما قدم صفوان على رسول الله صلى الله عليه وسلم بردائه ناداه على رؤس الناس فقال يا محمد ان هذا وهب ابن عمير جاءنى بردائك وزعم أنك دعوتنى الى القدوم عليك فان رضيت أمرا قبلته والا سيرتنى شهرين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انزل أبا وهب فقال لا والله لا أنزل حتى تبين

لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل لك تسيير أربعة أشهر فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل هوازن بحنين فأرسل الى صفوان بن أمية يستعيره أداة وسلاحا عنده فقال صفوان أطوعا أم كرها فقال بل طوعا فأعاره الاداة والسلاح الذى عنده ثم خرج صفوان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو كافر فشهد حنينا والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة ولم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح * مالك عن ابن شهاب انه قال كان بين اسلام صفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهرين * ش قوله ان نساء كنّ فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلمن بأرضهن وهنّ غير مهاجرات وأزواجهن حين أسلمن كفار منهنّ بنت الوليد بن المغيرة وهى عاتكة بنت الوليد بن المغيرة الى قوله أسلمت عام الفتح يحتمل من جهة اللفظ ان تكون أسلمت فى وقت تمكن الهجرة فيه وذلك قبل الفتح لأنه قال أسلمن بأرضهن ولم يهاجرن وأزواجهن كفار ولو كان وقت لا يمكن فيه الهجرة لما احتاج الى نفى الهجرة عنهن لأن تلك حال سائر النساء لا يمكن سواها ثم قال منهن بنت الوليد بن المغيرة ثم أسلمت عام الفتح ومن أسلم عام الفتح قبل الفتح فانما أسلمت فى وقت يمكن فيه الهجرة وأما من أسلمت بعد الفتح فقد فاتتها الهجرة لأنه لا هجرة بعد الفتح وعاتكة اذا أسلمت يوم الفتح وفى ذلك اليوم فر زوجها صفوان بن أمية لكنه انما أضافها الى من لم تهاجر ووصفها بعدم الهجرة لأن القرآن انما أنزل بحكم من هاجر وسيأتى بعد هذا حكم من هاجر من المؤمنات فى موضعه ان شاء الله

(فصل) وقوله وهرب زوجها من الاسلام يريد أنه فر لئلا يدخل فيه ولم يفر من القتل لأنه لو أسلم أمن من القتل وقد عرف ذلك صفوان وغيره لكن فراره كان من الاسلام الذى أباه وعليه قوتل حتى أظهر الله تعالى الدين فذلك قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله فان انتهوا فان الله بما يعملون بصير وان تولوا فاعلموا أن الله مولاكم نعم المولى ونعم النصير

(فصل) وقوله فبعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمه وهب بن عمير برداء رسول الله صلى الله عليه وسلم أمانا لصفوان بن أمية ودعاه الى الاسلام والى أن يقدم عليه فان رضى أمرا قبله والا سيره شهرين يريد أنه أرسل ابن عمه ليسكون صفوان بن أمية الى قوله وثقته به وقرابته منه ومعرفته باشفاقه وقرن به رداءه ليتحقق بذلك صفوان بن أمية ما رد عليه به وهب بن عمير من تأمين النبى صلى الله عليه وسلم له ودعائه اياه الى ما ذكر له على حسب عادة العرب فى ذلك من ان من أمن منهم أحدا أعطاه سوطه أو رداءه أو حبلا أو شيأ يكون كالشاهد له على التأمين ويشهر به تأمينه له وقوله ودعاه الى الاسلام يعنى أن يعرض عليه الاسلام ويبين له شرائعه وأحكامه ودينه فان رضيه التزمه ودخل فيه وقبله منه وان كره ذلك سيره شهرين يعنى انه يؤمنه فيهما لا يعرض له أحد حكاه ابن مزين عن عيسى بن دينار * وقال القاضى أبو الوليد وعندى أن ذلك انما كان ليمكن فيهما من الخروج الى حيث يأمن من بلاد الشرك وسائر الامم قال أبو المطرف القنازعى رحمه الله وهذا أصل فى عقد الصلح بين المشركين والمسلمين مدة معلومة على حسب ما يرونه مصلحة لهم وما قاله ليس بالبين وانما هو تأمين لرجل من المشركين ليرى الاسلام وحاله فان رضيه دخل فيه والا كان آمنا مدة يمكنه أن يبلغ مأمنه الا أن يريد أن يسمى التأمين صلحا مجازا أو اتساعا أو لأن المؤمن أيضا يأمنه من أمنه لكن لهذا المعنى اسم يختص به وهو التأمين والصلح أيضا اسم لمعنى آخر يختص به وتختلف أحكامهما لأن المصالح يملك نفسه ويجرى عليه حكمه والمؤمن لا يملك نفسه ولا يجرى عليه حكمه وانما يجرى

لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل لك تسيير أربعة أشهر فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل هوازن بحنين فأرسل الى صفوان بن أمية يستعيره أداة وسلاحا عنده فقال صفوان أطوعا أم كرها فقال بل طوعا فأعاره الاداة والسلاح الذى عنده ثم خرج صفوان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو كافر فشهد حنينا والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة ولم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب أنه قال كان بين اسلام صفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهرين

عليه حكم من أمنه على حسب ما يأتي تفسيره في موضعه ان شاء الله تعالى
(فصل) وقوله فلما قدم صفوان بن أمية على رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد أنه ناداه على رؤس الناس فقال يا محمد هذا وهب بن عمير جاءني بردائك يزعم انك دعوتني الى القدوم عليك يريد أن صفوان بن أمية حين قدومه نادى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رؤس الناس يريد اشهار تأمينه والاعلان به ويحتمل أن يكون مع كفره قد خاف أمر امن النبي صلى الله عليه وسلم ان لم يشهر تأمينه مع ما علم من وفاء النبي صلى الله عليه وسلم وانه لم يغدر قط بذمة عرف ذلك من حاله المؤمن والكافر وكذلك قال أبو سفيان بن حرب لهرقل حين سأله عن النبي صلى الله عليه وسلم أيغدر قال لا ونحن منه في مدة لا ندري ما هو فاعل في ذلك ويحتمل أن يكون صفوان بن أمية قال ذلك وأعلن به ليعلم علم ذلك أصحابه فربما خفي ذلك عن بعض أصحابه فاغتاله وبدر بقتله ويحتمل أن يكون صفوان أراد تحقيق ما جاء به ابن عمه لتجويزه الوهم عليه وقوله على رؤس الناس تستعمل هذه اللفظة لمن قام بقول يقوله ويعلن به والناس جلوس منصتون بمعنى انه على رؤسهم وانه يسمع جميعهم ولم يخبر بذلك اخبار الجالس لدى من أقبل عليه وحادثه والله أعلم
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اجلس أبا وهب فكناه وهي كنية صفوان بن أمية قال عيسى ابن دينار من رواية ابن مزين عنه لا بأس أن يكنى اليهودي والنصراني كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بصفوان بن أمية وكان مشركا قال ابن مزين وقال غيره لا يكنى اليهودي ولا النصراني الذمي لان الله عز وجل ألزمهم الذلة والصغار وفي تكنيته اكرامه وتعظيمه وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعو العرب خاصة بكناها مع الاشراك استئلافا لها بذلك ولمن كان وراءها من عشائرها كما جاء عنه صلوات الله عليه انه من على غير واحد من أسرى العرب المشركين أطلقهم امتنانا واستئلافا بغير فداء فكان الغير انما قصر ذلك على مشركي العرب دون غيرهم وهذا الذي قاله يحتاج الى تأمل وتقسيم وذلك أن الكنى قد يدعى بها على غير سبيل الاكرام اما لشهرتها وانها تغلب على الاسم ويشتهر بها صاحبها دون الاسم فهذا لا اختلاف في جوازه وقد قال الله تعالى تبت يدا أبي لهب وتب فكناه لاشتهاره بكنيته فلم يرد اكرامه بهذا ولا استئلافه في السورة من ذمه والاخبار بانه سيصلى النار ما يمنع من ذلك وقد غلبت الكنى على قوم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كأبي بكر وأبي عبيدة وأبي هريرة وغيرهم وغلبت الأسماء على جماعة منهم كعمر وعثمان وعلي بالانتساب الى أسمائهم ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين أنا ابن عبد المطلب ولم يقل أنا ابن أبي الحرث ولا خلاف انه لم يرد أن يضع من جده ولا قصد الى تصغير حاله ولذلك قال لحسان لما استأذنه في هجاء قريش كيف بنسبي فيهم فقال لأسلنك منهم كما تسل الشعرة فقد يدعى بالكنى على معنى الشهرة وغلبتها وقد يكون من الناس من لا اسم له واسمه كنيته كأبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وأبي بكر بن عياش وغيرهما وأما الكنية على سبيل الاكرام فهل يجوز أن يدعى بها من ليس بمسلم أولا هي التي يصح فيها الخلاف المتقدم والله أعلم
(فصل) وقوله فقال لا والله حتى تبين لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل لك تسيير أربعة أشهر يحتمل أن يريد به حتى تبين ما أنفذت به الي هل هو على ما بلغني فأنزل أو على غيره فانظر فيه فيكون التبيين حينئذ له خاصة ليعلم وجه التأمين كيف هو ويحتمل أن يريد حتى تبين لي بان يسمع هؤلاء تأمينك لي فآمن في المستقبل اذا اشتهر الأمان أو تعلم بذلك من أصحابك فلا يكون منهم من أخاف

اذايته فأجابه النبي صلى الله عليه وسلم بالزيادة فى التأمين على مابلغه و رضيه فقال بل لك تسيير أربعة أشهر وعلى هذا استقر أمر التسيير قال الله تعالى فسيحوا فى الأرض أربعة أشهر واعلموا أنكم غير معجزى الله وانما بالغ فى ذلك صلى الله عليه وسلم استئلافا له واستمالة الى الاسلام وليعلم انه ليس الغرض فى قتله ولا التشفى منه لعداوته وانما الغرض أن يدعى الى الاسلام فيدخل فيه فيكفر عنه ماتقدم من سيئ عمله وقد قالت عائشة رضى الله عنها وما انتقم رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه قط الا أن تنتهك حرمة من حرمات الله فينتقم لله بها وانما كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك لما افترض عليه من الجهاد وما أوجب عليه من قتال من لا يدخل فى الاسلام ولا يقر به فمن أقر به ودخل فيه اطرح عداوته وأظهر مودته ولم يبلغ بأحد أكثر ممابلغ بوحشى قاتل حمزة قال له هل تستطيع أن تغيب عنى وجهك

(فصل) وقوله فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل هوازن بحنين فأرسل الى صفوان بن أمية أن يستعيره أداة وسلاحا عنده فقال صفوان أطوعا أم كرها فقال بل طوعا يريد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خرج الى حنين قبل هوازن استعار من صفوان أداة وسلاحا كانت عنده والعارية مباحة من الكافر وغيره وقد قال ابن القاسم عن مالك لا يجوز أن يلبس المسلم ثوبا لبسه كافر حتى يغسله وقال ابن الماجشون الا أن يكون من الثياب التى يفسدها الغسل فليلبسها ويصلى فيها دون أن يغسلها فعلى رواية ابن القاسم يحتمل أن يكون من لبسها من الصحابة لم يستدم لبسها حين الصلاة وعلى قول ابن الماجشون يجوز أن يصلى فيها لان الدروع مما يفسدها الغسل وأما أحكام العارية اذا تلفت عند المعار فنحن نذكرها فى مواضعها ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله ثم رجع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يذكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعاه الى الخروج ويحتمل أن يكون انما خرج باختياره ولم يدعه النبي صلى الله عليه وسلم الى ذلك لما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه لا يستعين بمشرك ولم يمنعه من الخروج لما رجا أن يرى فى طريقه وسفره مع النبي صلى الله عليه وسلم مايقوى فى نفسه أمر الاسلام فيكون سببا لاسلامه وهل المنع لم يتناول خروجه معه وانما يتناول استعانته به والله أعلم فشهد حنينا والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة ولم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان ابن أمية يريد لم يفسخ نكاحه وأما التفرقة بان لا يجامعها فهى متيقنة وان لم يذكرها الراوى فى حديثه وقد اختلف العلماء فى هذه المسئلة على أقوال فعند مالك ان الزوجة لا تبين من زوجها الكافر بنفس اسلامها وبه قال عطاء وابن شهاب وعمرو بن ميمون وجماعة وروى مثله عن عمر بن عبد العزيز وروى عن ابن عباس انه قال اذا أسلمت قبله بساعة حرمت عليه وحديث ابن شهاب هذا وان كان مرسلا ومراسيل ابن شهاب لا يحتج بها غير أن هاتين القصتين قصة صفوان بن أمية وقصة عكرمة قد شهرتا وتواتر خبرهما فكان ذلك يقوم لهما مقام الاسناد المتصل وقد روى وكيع عن أسماء وعن سماك عن عكرمة عن ابن عباس ان امرأة أسلمت على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فجاء زوجها بعدها فقال يارسول الله انها كانت أسلمت معى فردها عليه وقال أبو عيسى هذا حديث ليس به بأس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يستديم ملك عصمته مع بقائه على كفره وقد روى عن عمر وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما انها تخير فان شاءت فارقته وان شاءت قرت عنده والدليل على انه لا يستديم ملك عصمتها مع بقائه على كفره قوله تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لاهن

حل لهم ولاهم يحلون لهن وهذا نص فى تحريم المهاجرات فهو حجة فان سلم قسنا عليه غير المهاجرات فقلنا ان هذه حرة مسلمة فلا يجوز اقرارها تحت الكافر أو فلا يجوز أن يستديم الكافر ملك عصمتها كالمهاجرة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو ان يكون اسلامها قبل البناء أو بعده فان كان اسلامها قبل البناء فلا يخلو أن يسلما جميعا أو يسلم أحدهما قبل الآخر فان أسلما جميعا فى وقت مثل أن يأتيا جميعا مسلمين ففى النوادر انهما على نكاحهما فان أسلم أحدهما قبل الآخر فلا يخلو أن يتقدم الزوج أو الزوجة فان تقدم الزوج فسيأتى ذكره بعد هذا وان تقدمت الزوجة فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم فى العتبية فى النصرانى تسلم زوجته قبل البناء فان لم يسلم هو مكانه فلا رجعة له ولا عدة عليها و يتخرج على قول ابن المواز فى اسلام الزوجة قبل البناء تقع الفرقة بنفس اسلامها قبل البناء وجه قول ابن القاسم ان اسلام الزوجة اذا لم يتبعه اسلام الزوج وقعت به الفرقة واذا اتبعه اسلام الزوج لم تقع به فرقة دون اعتبار اسلام الزوج لما بقيا على نكاحهما وان أسلم الزوج فى عدة المدخول بها ولا يقع ذلك من حالها الا بعد مدة يمكن فيها معرفة ما يكون من الزوج فى ذلك فاذا وقع اسلام الزوجة كان مراعى على ما يأتى تفسيره بعد هذا ان شاء الله وجه قول أصبغ وأشهب على تفسير ابن المواز انه معنى يوجب فرقة فى النكاح فاذا وجد قبل البناء قطع العصمة والطلاق (مسئلة) وأما ان أسلمت بعد البناء فانه ان أسلم بعدها ما دامت فى عدتها فهى باقية على عصمته مجوسيا كان أو كتابيا قال الشيخ أبو القاسم ويكون أحق بها بمجرد اسلامه دون رجعة لان اسلامه كالارتجاع و وجه ذلك أن التشعيب دخول النكاح بما تجرد من اسلام الزوجة وانه لا يحل أن يملك عصمتها كافر وهذا تشعيب أوجب العدة ولم يوجب الفرقة كالطلاق الرجعى فاذا أسلم الزوج قبل انقطاع المدة وانقضاء العدة فقد زال التشعيب وانجبر الثلم وصحح اسلامه العقد فبقيت عنده على حكم النكاح الاول ولم يحتج الى رجعة لان تشعيب العقد لم يقع بما تجبره الرجعة وانما وقع بما يجبره اسلام الزوج وقد وجد ذلك يدل على ذلك انه لو ارتجعها و بقى على كفره لم تصح وبالله التوفيق * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى فى تحرير هذه المسئلة ان اسلام الزوجة لا يوجب فرقة اذا تعقبه اسلام الزوج فاذا لم يتعقبه اسلام الزوج وقعت به الفرقة وذلك انما يعرف بعد مدة فاذا وقع اسلام الزوجة بعد مدة كانت مراعى فان تعقبه اسلام الزوج علمنا ان اسلام الزوجة اسلام لا يؤثر فرقة وانما يؤثر تصحيح العقد واثباته فبقيا على ما كانا عقداه من النكاح وأسلما عليه فلا معنى لرجعته ولا لما يقوم مقامها لان نكاحهما لم يطرأ عليه الا ما أثر فيه تصحيحا وتبيينا وان لم يتعقبه اسلام الزوج علمنا ان اسلام الزوجة قد وقعت به الفرقة يدل على صحة هذا انها تحتسب بعدتها اذا علمنا وقوع الفرقة من يوم اسلامها ولو وقعت الفرقة بامتناع الزوج من الاسلام أو بظهور ذلك عند انقضاء مدة تكون عدة أوجب ان تستأنف العدة من يومئذ لان العدة انما تكون من يوم تكون الفرقة (فرع) والمدة المراعاة فى المدخول بها من يوم اسلامها الى انقضاء عدتها على ما تقدم فان أسلم فيها فهما على نكاحهما وان لم يسلم فيها فقد بانت منه ولا سبيل له اليها ولا توقف فى أثناء هذه المدة و روى عن عمر ابن الخطاب انه قال يعرض عليه الاسلام فان أبى فرق بينهما فأشار الى ما روى عن عمر بن عبد العزيز انه قال خلعها الاسلام عنه كما تخلع الأمة من العبد اذا اعتقت تحته * والدليل على ما نقوله ان العدة مدة ضربت فى المدخول بها ليعلم ما أوقع الزوج من الطلاق هل هو بائن أو غير بائن فان تعقبه ارتجاع فى العدة علم أنه غير بائن فكذلك مسئلتنا مثله (فرع) ولا فرق فى ذلك بين الحربيين والذميين

والوثنيين وبه قال جمهور الفقهاء وأهل الأمصار خلافا لأهل الكوفة في قولهم هذا حكم الحربيين دون الوثنيين وأهل الذمة فان أسلمت منهم المرأة قبل الزوج عرض عليه فان أسلم في الوقت فهو أحق بها وان لم يسلم عجل التفريق بينهما والدليل على مانقوله ان هذا كفر يمنع استدامة النكاح فكان حكمه موقوفا على اسلام الزوج ككفر الكتابيين الحربيين (فرع) وهل تكون هذه الفرقة طلاقا أو فسخا قال عيسى بن دينار عن ابن القاسم هي طلقة بائنة وقال ابن المواز ليس ذلك بطلاق وجه قول ابن القاسم انها فرقة واقعة باختيار من هي بيده كالطلاق المبتدا ووجه قول ابن المواز انه فرقة واقعة بالشرع من غير موقع فكانت فسخا كالفرقة الواقعة بملك الزوج زوجته وهذا اذا قلنا ان الفرقة الواقعة بالردة فسخ وهي رواية ابن أبي أويس وعبد الملك بن الماجشون عن مالك وفي المدونة انها طلقة بائنة فعلى هذا الفرق بينهما ان فرقة المرتدة من نكاح صحيح الاسلام والفرقة الواقعة باسلام زوجة الكافر فرقة من نكاح لم يصححه اسلام (فرع) وهل على الكافر الذي أسلمت زوجته أن ينفق عليها في العدة روى عيسى عن ابن القاسم لا نفقة لها وروى أصبغ عن ابن القاسم لها النفقة وفي رواية عيسى ما احتج به من انها ممتنعة من الاستمتاع ووجه رواية أصبغ انها معتدة منه يملك استباحة وطئها كالمطلقة الرجعية ص ﴿قال ابن شهاب ولم يبلغنا ان امرأة هاجرت الى الله ورسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا أن يقدم زوجها مهاجرا قبل أن تنقضي عدتها﴾ ش قوله ولم يبلغنا ان امرأة هاجرت الى الله ورسوله الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا أن يقدم قبل أن تنقضي عدتها يريد مع اسلامها وبقائه على الكفر وأما لو أسلما جميعا وهاجرت هي دونه على وجه مباح في وقتنا هذا لما خرجت عن عصمته وأما في ذلك الوقت فقد كان للهجرة أحكام مخصوصة غير ان الظاهر ما قلناه وقد شرط أن يقدم زوجها قبل أن تنقضي عدتها ومعنى ذلك أن يقدم مسلما ولو قدم كافرا لبانت منه بانقضاء العدة ان لم يسلم فيها وقد روى ابن اسحق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول ولم يحدث شيأ واختلف عنه فقال محمد بن عمرو الرازي عن سلمة بن الفضل عنه بعد ست سنين وقال الحسن بن علي عن يزيد بن هرون عنه بعد سنتين ورواية على حسبما قد علم من الضعف والاضطراب وقد روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم رد زينب ابنته الى أبي العاص بن الربيع بنكاح جديد وقد روى هذا عن غيره وهذا أشبه وأقرب ولو ثبت ما روى عن عكرمة عن ابن عباس انه ردها عليه بالنكاح الأول لاحتمل أن يرد به على مثل الصداق الأول وقال الزهري كان ذلك قبل أن تنزل الفرائض وقال قتادة كان ذلك قبل أن تنزل سورة براءة بقطع العهود بين المشركين والمسلمين ويحتمل انها لم تكن استكملت ثلاث حيض ويحتمل أن يكون حكمها منسوخا وثبت النسخ بالاجماع على انها اذا انقضت عدتها فقد بانت منه والله أعلم ص ﴿مالك عن ابن شهاب أن أم حكيم بنت الحرث بن هشام وكانت تحت عكرمة بن أبي جهل فاسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل من الاسلام حتى قدم اليمن فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن فدعته الى الاسلام فأسلم وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم وثب اليه فرحا وما عليه رداء حتى بايعه فثبتا على نكاحهما ذلك﴾ ش قوله ان أم حكيم بنت الحرث بن هشام أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل عن الاسلام اصرارا منه على الكفر وزواله

* قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى الله ورسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا أن يقدم زوجها مهاجرا قبل أن تنقضي عدتها* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب أن أم حكيم بنت الحارث ابن هشام وكانت تحت عكرمة بن أبي جهل فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل من الاسلام حتى قدم اليمن فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن فدعته الى الاسلام فأسلم وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم وثب اليه فرحا وما عليه رداء حتى بايعه فثبتا على نكاحهما ذلك

يقتضي تحريم الوطء ويدخل التشغيب في النكاح ويجرى به الى بينونة ان انقضت العدة على هذه الحال ولما قدمت عليه أم حكيم باليمن دعته الى الاسلام اقتضى ذلك اصلاح ما تشغب من النكاح وتصحيح ما كان فاسدا منه بحكم الكفر لان أنكحة الكفار فاسدة لما يعدم فيها من شروط الصحة من الولي والمهر وغير ذلك لكن الاسلام يصححها كما يصحح ملكهم للاموال وان ملكوها على وجه فاسد لو كان في حال الاسلام لم يصح فلما وجد الاسلام في نكاح عكرمة صحح ما كان فيه من فساد وأصلح ما كان دخله من تشغب باسلام زوجته قبله وذلك كما كان في العدة المذكورة

(فصل) وقوله فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم وثب اليه فرحا وما عليه رداء وذلك من حرص النبي صلى الله عليه وسلم على دخول الناس في الاسلام وان هداهم الله تعالى به الى الاسلام لا سيما من كان من عظماء الناس وأعيانهم كعكرمة في قومه فانه كان من سروات بني مخزوم وعظمائهم وبهذا وصف الله نبيه صلى الله عليه وسلم فقال لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم حريص عليكم بالمؤمنين رؤف رحيم ولم يحمله ما تقدم من عداوته وعداوة أبيه على أن لا يناله وحرصه على منفعته واهتدائه به ما ينال غيره صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم ص ﴿قال مالك واذا أسلم الرجل قبل امرأته وقعت الفرقة بينهما اذا عرض عليها الاسلام فلم تسلم لان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ ش وهذا على حسب ما قاله ان الكافرين اذا أسلم الزوج قبل الزوجة لم يخل أن تكون كتابية أو غير كتابية فان كانا كتابيين فهما على نكاحهما وان كانت الزوجة غير كتابية فان لم يكن بنى بها فقد روى محمد عن ابن القاسم عن مالك توقف فان أسلمت قال محمد يريد مكانها والا فرق بينهما وقال أشهب وأصبغ تنقطع العصمة بينهما قال محمد يريد باسلام الزوجة وهو أحب الى ووجه قول مالك ان اسلام الزوج انما يمنع استدامة النكاح ولا يقتضي ايقاع فرقة ووجه قول أشهب انما يمنع استدامة النكاح من اسلام أحد الزوجين اذا وجد قبل البناء فانه يقطع العصمة كما لو أسلمت الزوجة أولا (مسئلة) فان بنى بها ثم أسلم فقد قال مالك يعرض عليها الاسلام فان أسلمت والا فسخ نكاحهما وبه قال أبو حنيفة زاد أبو زيد عن ابن القاسم يعرض عليها الاسلام اليوم والثلاثة وقال أشهب يعرض عليها الاسلام فان أسلمت والا فلا سبيل له اليها فقول ابن القاسم مبني على ان اسلام الزوج لا يقع به الفرقة وانما يقع بالحكم أو بالاغفال حتى تطول المدة ولو وقعت الفرقة بنفس اسلامه لما عرض عليها الاسلام وقال الشافعي حكم ذلك حكم المرأة تسلم قبل زوجها يراعى في ذلك اسلام الثاني منهما في العدة وقد استدل مالك رحمه الله في رد ذلك بقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وهو ظاهر في مسئلتنا ومن جهة المعنى ان العدة حق لارتجاع المعتدة للنكاح فيجب أن يعتبر فيها فيه الرجعة من قبل الزوج واذا كان الارتجاع من قبل الزوجة لم تراع فيه العدة اللازمة لها الا ان العدة عليها لا لها (مسئلة) فان غفل عنها الى أن تطاول مثل الشهر فقد قال ابن القاسم انه قد برىء وقال أشهب لا يفرق بينهما حتى تنقضي العدة ووجه قول ابن القاسم ما قدمنا ووجه قول أشهب ان الفرقة انما تكون بحكم التوقيف وامتناعها من الاسلام وانقضاء العدة وأما ما مضى من زمن العدة قبل التوقيف والامتناع من الاسلام فلا تنقطع به العصمة بينهما كاليوم واليومين

﴿قال مالك واذا أسلم الرجل قبل امرأته وقعت الفرقة بينهما اذا عرض عليها الاسلام فلم تسلم لان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾

﴿ ماجاء فى الوليمة ﴾

ص ﴿ مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك ان عبد الرحمن بن عوف جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم و به أثر صفرة فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره انه تزوج فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة ﴾ ش قوله ان عبد الرحمن بن عوف جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم و به أثر صفرة ظاهر هذا اللفظ ان أثر الصفرة كان بجسده و يحتمل أن يكون فى ثيابه اذا استعمل اللفظ على سبيل المجاز والاتساع كما يقال أصاب فلانا الطين والمطر وانما أصاب ذلك ثيابه والصفرة يحتمل أن تكون صفرة زعفران أو غيره استعمل على وجه الصبغ للثياب أو الجسد و يحتمل أن تكون صفرة طيب له لون قد تطيب به عبد الرحمن بن عوف و بقيت من لونه على ثيابه أو جسده بقية وقد روى هذا الحديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس فقال فيه و به ردغ زعفران فبين أن تلك الصفرة صفرة زعفران و بين أصحاب مالك رضى الله عنه لباس الثياب المصبوغة بالصفرة قال يحيى بن عمر فى حديث عبد الله بن عمر وأما الصفرة فانى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبغ بها فأنا أحب أن أصبغ بها قال يحيى بن عمر يريد يصبغ بها ثيابه لا لحيته هذا معناه عند أصحاب مالك وقال ابن سفيان فى الصبغ بالزعفران هذا جائز عند أصحابنا فى الثياب دون الجسد وكره أبو حنيفة والشافعى للرجل أن يصبغ ثيابه ولحيته بالزعفران والدليل على صحة ما نقلوه ما روى الدراوردى عن زيد ابن أسلم ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يصبغ لحيته بالصفرة حتى تمتلئ ثيابه من الصفرة فقيل له ما تصنع بالصفرة فقال انى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبغ بها ولم يكن شئ أحب اليه منها فانه كان يصبغ بها ثيابه حتى عمامته

(فصل) فان كان أثر الصفرة التى كانت لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أثر صفرة صباغ بالزعفران فقد تقدم حكمه وان كان بغير ذلك من ألوان الصبغ التى لا تعلق لها بالطيب ولا ينتفض على الجسد كالصفرة المصبوغة بالصفر أو غير ذلك من الأصبغة فلا خلاف فى جواز ذلك

(فصل) وقوله فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتمل انه سأله لما رأى عليه من التجمل للعرس ليعلم ما سبب ذلك وقد روى انه رأى عليه بشاشة العرس و يحتمل أن يرى به من الصفرة أو الطيب على جسده ما يتعلق به المنع الا فى عرس أو ما جرى مجراه فسأله عن ذلك ليعلم ان كان استباحه بوجه صحيح فيقره عليه أو استباحه بغير وجه فيعلمه حكمه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم كم سقت اليها يحتمل أن يكون سأله لما كان المهر مقدرا عنده فيعلم ان كان عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه قد بلغ المقدار فيقره عليه أو قصر عنه فيأمره بتصحيح ذلك اما بأن كمله أو بما يراه و يؤيد صحة هذا التأويل انه سأله عن المقدار فقال كم سقت اليها ولم يسئله عن الجنس

(فصل) وقول عبد الرحمن بن عوف زنة نواة قال ابن وهب وغيره من أصحاب مالك ان النواة من الذهب خمسة دراهم والوقية أربعون درهما والنش عشرون درهما والنش نصف الشئ وقال أحمد بن حنبل النواة ثلاثة دراهم وثلث ومالك وأصحابه أعلم بهذا من غيرهم لان أهل كل بلد أعلم بعرف بلدهم فى التخاطب والتحاور

﴿ ماجاء فى الوليمة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن عبد الرحمن بن عوف جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم و به أثر صفرة فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره أنه تزوج فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة والوليمة طعام النكاح قاله صاحب العين وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك على معنى الندب اليها لما فيها من اشهار النكاح واظهاره بل هو صفة من صفاته التي يتميز بها مما هو ممنوع من السفاح وقد روى ابن المواز عن مالك انه قال أستحب الاطعام في الوليمة وكثرة الشهود في النكاح ليشتهر وتثبت معرفته فهذا في الوليمة مع ما يقترن من ذلك من كرم الأخلاق ومكارمة الاخوان ومواساة أهل الحاجة

(فصل) وليس في قوله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة ولا في شيء من ألفاظ الحديث ما يدل على أن هذا كان قبل البناء ولا بعده وقد رأيت بعض من حاول تفسير هذا الحديث من أهل بلدنا قال ان هذا اللفظ يدل على أن الوليمة بعد البناء جائزة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وليس في الحديث ما يدل على ذلك لانه يحتمل أن يكون سؤال النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بعد العقد وقبل البناء ولو بلغنا انه كان بعد البناء لم يدل على ذلك أيضا لجواز أن يكون قد فات ذلك قبل البناء فأمره به بعد البناء فيتعقبه البناء و يتصل به وقد روى ابن المواز عن مالك أرى أن يولم بعد البناء وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك لا بأس أن يولم بعد البناء قال فليجب وليس مثل الوليمة قال ابن حبيب وكان النبي صلى الله عليه وسلم يستحب الاطعام على النكاح عند عقده وعند البناء ولفظ عند البناء يقتضي قرب البناء و يحتمل أن يريد به قبله و بعده وكيفما كان فليس فيه منع لان منه شهرة النكاح وهذا لا يعدم لتقديمه ولا لتأخيره الا أن تقديم اشهاره قبل البناء و يتصل البناء به عندي أفضل كالاشهاد فأما تأخيره فانه عار من فائدة الاشهاد الذي شرع تقديمه على البناء ومنع تقديم البناء قبل وجود شيء منه كالاشهاد وهي عادة الناس اليوم في الوليمة فيحتمل أن يكون مالك قال ذلك لمن فاته قبل البناء و يحتمل أن يكون اختار ذلك لانه لا يقتصر عليه في اشهار النكاح وانما يشهر أولا بالاشهاد وهذه زيادة في الاشهار تختص باشهار البناء و يكون فيه معنى الرضا بما اطلع عليه من حال الزوجة فعلى هذا يختص بما بعد البناء والله أعلم

(فصل) وقوله ولو بشاة وان كان يقتضي التقليل الا أنه ليس بحد لاقل الوليمة فانه لا حد لاقلها وانما ذلك على حسب الوجود ولعل ذلك كان أقل ما رآه صلى الله عليه وسلم في حال عبد الرحمن بن عوف وفي مثل ذلك الوقت وقد روى ثابت ذكر تزويج زينب بنت جحش عند أنس فقال ما رأيت النبي صلى الله عليه وسلم أولم على أحد من نسائه ما أولم عليها أولم بشاة ص * مالك عن يحيى بن سعيد انه قال لقد بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يولم بالوليمة ما فيها خبز ولا لحم * ش قوله كان يولم بالوليمة ما فيها خبز ولا لحم يريد والله أعلم ان ذلك كان في سفر حيث لا يجد الخبز ولا اللحم ولا يوجد فيه ما يتزود دون به من الاقط والتمر والسويق و يحتمل أيضا أن يكون في بعض الاوقات لضيق الحال فان النبي صلى الله عليه وسلم لم يرو عنه انه ترك الوليمة على أحد من نسائه وقد روى منصور بن صفية عن أمه قالت أولم النبي صلى الله عليه وسلم على بعض نسائه بمدين من شعير وهذا يدل على تأكيد الندب اليها والحض عليها قال ابن حبيب وكان النبي صلى الله عليه وسلم يستحب الاطعام على النكاح ولم يدع الوليمة على أحد من نسائه قل أو كثر وهذا يقتضي أن يؤخذ في كل حال بما يسع ولذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أولم على زينب بنت جحش فاشبع الناس خبزا ولحما (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالذي أبيح من الوليمة ما جرت به العادة من غير سرف ولا سمعة والمعتاد منها يوم واحد وقد أبيح أكثر من يوم وروى ان اليوم الثاني فضل والثالث سمعة وأجاب الحسن رجلا دعاه في

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال لقد بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يولم بالوليمة ما فيها خبز ولا لحم

اليوم الأول ثم في اليوم الثاني ثم دعاه في اليوم الثالث فلم يجبه وروى عن ابن المسيب مثله وقد أولم ابن سيرين ثمانية أيام ودعا في بعضها أبي بن كعب وقال ابن حبيب فمن وسع الله عليه فليولم من يوم ابتنائه الى مثله ووجه ذلك أن يريد به الاشهار لنكاحه والتوسعة على الناس ولا يقصد به المباهاة والسمعة (مسئلة) فاذا قلنا انه يجوز أن يوالي أياما فقد قال ابن حبيب يكره أن يكون استدامته أياما وأما أن يدعوا في اليوم الثالث من لم يكن دعاه أو من دعاه مرة فذلك سائغ ومعنى ذلك انه لم يقصد بتكرار الايام الاستيعاب وأما اذا قال لهم في أول يوم يتكرر على طعام ثمانية أيام فان هذا نوع من المباهاة والفخر فاذا تكرر في فعل من الافعال مقصدا ما حمل عليه وجعل ذلك مقتضاه ص ﴿مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعي أحدكم الى وليمة فليأتها﴾ ش اختلف الرواة في لفظ هذا الحديث فقال مالك اذا دعي أحدكم الى وليمة فليأتها وتابعه عليه عبيد الله ابن عمر وروى موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أجيبوا الدعوة اذا دعيتم وروى معمر عن أيوب عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا دعا أحدكم أخاه فليجب عرسا كان أو غيره وتابعه على ذلك الزبيدي عن نافع عن عبد الله بن عمر وعلى حسب هذا اختلف الفقهاء في الحكم فروى ابن القاسم عن مالك في المدنية انما هذا في طعام العرس وليس طعام الاملاك مثله * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي ان الاملاك حين العقد وان العرس حين البناء وهذا الذي يلزم اتيانه لما في الوليمة من اشهاره وروى ابن المواز عن مالك انه قال الوليمة التي يجب أن تؤتى وليمة النكاح وما سمعت انه يجب أن يؤتى غيرها من الاصنعة وأرى ان تجاب الدعوة الا من عذر وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي اجابة ولمية العرس واجبة ولا ارخص في ترك غيرها من الدعوات التي لا يقع عليها اسم وليمة كالاملاك والنفاس والختان وحادث سرور ومن تركها لم يقل له انه عاص وهذا خلاف في عبارة ووجه وجوبها الامر بذلك والامر يقتضي الوجوب ومن جهة المعنى ان حكمها حكم الشهادة لان المقصود بها الاعلان للنكاح والاثبات لحكمه هذا المشهور من مذهب مالك وأصحابه وروى ابن حبيب عن مالك انه قال ليس ذلك عليه حتما وليس بفريضة وأحب الى أن يأتي فان اشتغل فلا اثم عليه لحمله على الندب ويحتمل أن يريد انه على وجه واجب وعلى وجه مندوب اليه وسيأتي ذكره ان شاء الله (مسئلة) وروى عن مالك انه قال الشيخ أبو محمد يريد في غير العرس وهذا عندي انما يريد الطعام الذي يصنع لغير سبب من الاسباب التي جرت العادة باتخاذ الطعام لها فعلى هذا الطعام على ثلاثة أضرب طعام العرس وهو الذي يجب اتيانه والضرب الثاني طعام له سبب معتاد كالطعام للمولود والختان وما جرى مجرى ذلك فان هذا ليس بواجب ولا مكروه ويقتضي على تفسير الشيخ أبي محمد أن يكون مكروها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي أنه غير مكروه ويبين ذلك ما روى أشهب عن مالك انه قيل له النصراني يتخذ طعاما لختان ابنه أفنجيبه قال ان شاء فعل وان شاء ترك فهذا في النصراني قد أباحه فكيف بالمسلم * والضرب الثالث الطعام الذي لا سبب له فهذا الذي يستحب لاهل الفضل الترفع عن الاجابة اليه ويكره التسرع اليه لان ذلك انما هو على وجه التفضل على من يدعى اليه ص ﴿مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة انه كان يقول شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الأغنياء ويترك المساكين ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله﴾ ش قوله رضي الله عنه شر الطعام طعام الوليمة يريد انه طعام مخصوص بقصد مذموم يقل معه الأجر على كثرة ما فيه من الانفاق وذلك انه انما يصنع ليدعى له

* وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعي أحدكم الى وليمة فليأتها * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أنه كان يقول شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الاغنياء ويترك المساكين ومن لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله

الأغنياء دون المساكين لما في دعاء المساكين من ابتذال المنزل والوطاء والمكان فكان ذلك مما يجعله شر الطعام لان خير الطعام وأكثره أجرا ما يدعى اليه المساكين لحاجتهم اليه ولما في الصدقة عليهم من سد خلتهم واشباع جوعتهم فأما اطعام الأغنياء فليس فيه هذا المعنى وانما فيه نوع من المهاداة والتودد اذا سلم من السمعة وقد روى ابن حبيب أن ابن عمر رضي الله عنه دعا في وليمته الأغنياء والفقراء فقال ابن عمر للفقراء ههنا لا تفسدوا عليهم ثيابهم فانا نطعمكم مما يأكلون

(فصل) وقوله رضي الله عنه ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله يقتضي وجوب ذلك وقد تقدم ذكر طعام الوليمة وقوله بعد ذلك ومن لم يجب الدعوة الى طعام الوليمة وعلى ذلك تأول جماعة العلماء وقد نص مالك رحمه الله وأكثر العلماء على وجوب اتيان طعام الوليمة لمن دعي اليها وصفة الدعوة التي تجب بها الاجابة أن يلقى صاحب العرس الرجل فيدعوه أو يقول لغيره أدع لي فلانا فيعينه فان قال ادع لي من لقيت فلا بأس على من دعي بمثل هذا أن يتخلف لان صاحب الطعام لم يعينه ولا عرفه وذكر ذلك ابن المواز ووجه ذلك ما احتج به وذلك انه لا يجب على الناس اتيان العرس من غير دعوة وانما يجب بالدعوة والدعوة مختصة بصاحب العرس فاذا عينه لزمه اتيان الدعوة لتوجهها ممن تختص به الدعوة وله أن لا يعين المدعو فيدعو من شاء ويمنع من شاء واذا لم يعينه لم يلزمه شئ (مسئلة) واذا لزمه اتيان الدعوة فهل يلزمه الأكل أم لا لم أجد فيه نصا جليا لاصحابنا وفي المذهب مسائل تقتضي القولين وروى ابن المواز عن مالك أرى أن يجيب وان لم يأكل أو كان صائما قال أصبغ ليس ذلك بالوكيد وانه لخفيف فقول مالك مبني على وجوب اتيان الدعوة وان الأكل ليس بواجب ولذلك أوجب الاتيان على من لا يريد الأكل أو من يصوم وقول أصبغ مبني على وجوب الأكل ولذلك أسقط وجوب الاتيان عن الصائم الذي لا يأكل (مسئلة) وان كان في الوليمة زحام أو غلق الباب دونه فقد روى ابن القاسم عن مالك هو في سعة اذا تخلف عنها أو رجع ووجه ذلك انه لا يلزمه الابتذال في الزحام وتكلف الامتهان فان ذلك مما يثلم المروءة والتصاون ويسقط الوقار وكذلك ان كان به عذر مرض أو غيره (مسئلة) وان كان في العرس لهو غير مباح كالعود والطنبور والمزهر المربع لم يلزمه اتيانه وأما الدف المدور والكبر فباح في العرس وقال أصبغ في المدنية ويكون ذلك عند النساء دون الرجال ولا يكون معه عزف ولا غناء الا الرجز المرسل قال محمد بن عيسى وبلغني انه كان مما يقوله النساء

أتيناكم أتيناكم * فحيونا نحييكم
ولولا الحبة السمرا * لم نحلل بواديكم

فان كان في الوليمة لهو محظور ابطل وجوب اتيانها فمن جاء الوليمة فوجد ذلك فيها فليرجع وعلى هذا جماعة الفقهاء وقال أبو حنيفة لا بأس أن يقعد ويأكل وقول الجماعة أولى ص ﴿ مالك عن اسحق بن عبد الله بن أبي طلحة انه سمع أنس بن مالك يقول ان خياطا دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعه قال أنس فذهبت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ذلك الطعام فقرب اليه خبزا من شعير ومرقا فيه دباء قال أنس فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتتبع الدباء من حول القصعة فلم أزل أحب الدباء بعد ذلك اليوم ﴾ ش أدخل مالك رحمه الله هذا الحديث في باب ما جاء في الوليمة وليس في ظاهر هذا الحديث ما يدل على أن الطعام طعام وليمة ولا غيرها ولكنه لما احتمل الأمرين وكان من مذهبه انه يكره لذي الفضل والهيئة الاجابة الى طعام صنع لغير سبب أدخل هذا

* وحدثني عن مالك عن اسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة أنه سمع أنس بن مالك يقول ان خياطا دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعه قال أنس فذهبت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ذلك الطعام فقرب اليه خبزا من شعير ومرقا فيه دباء قال أنس فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتتبع الدباء من حول القصعة فلم أزل أحب الدباء بعد ذلك اليوم

الحديث فى باب ماجاء فى الوليمة امالانه ثبت عنده انه كان فى وليمة أولانه يصح أن يكون طعام وليمة فيمنع بذلك احتجاج من يوجب اجابة طعام غير الوليمة بهذا الحديث لانه اذا احتمل الوجهين لم يجز أن يحتج به على أحدهما و يحتمل أن يكون فعل ذلك النبى صلى الله عليه وسلم لضرورة وحاجة الى الطعام فقد أجاب جماعة من أصحابه كجابر بن عبدالله وأبى طلحة لمثل هذا و يحتمل أيضا أن يكون قد علم من تعظيم الصحابة له وتبركهم بأكله طعامهم ودخوله منازلهم ماعلم به انه اذا امتنع من ذلك شق عليهم فكان يستألفهم و يطيب نفوسهم بذلك والله أعلم وقد روى أن هذا الخياط كان غلاما للنبى صلى الله عليه وسلم فعلى هذا يرتفع الاشكال لان طعام غلامه له استباحه بالانتزاع والأكل وجه من وجوه الانتزاع والله أعلم

(فصل) وقول أنس فذهبت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ذلك الطعام يحتمل أن يكون الخياط قد أباح ذلك لانس أومن شاء النبى صلى الله عليه وسلم و يحتمل أن يكون ذلك مباحا لما علم أنه يرضى بذلك ولا يكرهه ولولم يعلم اباحته لذلك لرده أولاستأذنه فى أمره وماروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل دعاه خامس خمسة فتبعهم رجل آخر فقال صلى الله عليه وسلم للذى دعاه ان هذا اتبعنا فاما أن تأذن له واما أن يرجع فأذن له

(فصل) وقوله فقرب اليه خبزا من شعير ومرقا فيه دباء وقد روى ابن بكير والقعنبى فى هذا الحديث زيادة القديد وهذا نعلم من فضله وتواضعه صلى الله عليه وسلم فانه كان يأكل من الطعام ما يسد به جوعه ولا يتأنق فيه تأنق المترفين

(فصل) وقول أنس فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتتبع الدباء من حول القصعة يحتمل أن يكون فعل ذلك صلى الله عليه وسلم لما انفرد بالاكل مع خادمه ومن يعلم انه لا يكره ذلك منه بل يتبرك أن يأكل من موضع مشت فيه يده وانما يمنع من أن تجول يده فى الصحفة من يأكل معه من لايحل منه هذا المحل وربما كره أن يمس مابين يديه ولذلك قال صلى الله عليه وسلم لعمر بن أبى سلمة سم الله وكل مما يليك يريد بذلك صلى الله عليه وسلم تعليمه وتأديبه تأديب مثله فى الموضع الذى يلزم ذلك فيه و يحتمل أيضا مع ذلك أن يكون الدباء قد اتفق أن يكون أكثره حول الصحفة وفى موضع لا يصل اليه النبى صلى الله عليه وسلم الا بعد تناوله ذلك على هذا الوجه امالاتفاق فى وضعه أولأن صاحب الطعام قصد ابعاده منه وتقريب القديد مما يليه لما ظن أن ذلك أحب اليه من الدباء فاحتاج النبى صلى الله عليه وسلم فى أكله الدباء الى أن يتناوله من حول الصحفة وقد يجوز مثل هذا للانسان أن يتناوله حيث كان من الصحفة اذا اختلفت أجناس الطعام فيها وانما يلزم الاقتصار على ما يليه اذا تساوت أجناسه والأصل فى ذلك ما رواه الجعد عن أنس أن أم سليم أهدت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حيسة فى برمة فوضع يده عليها وتكلم بما شاء الله ثم دعا عشرة يأكلون فيقول لهم اذكروا اسم الله وليأكل كل رجل مما يليه حتى تصر عن عنها فوجه الدليل منه أن الحيس متساوى الاجزاء والتزام ذلك فى كل شئ أفضل وأجمل ان شاء الله تعالى

﴿ جامع النكاح ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا تزوج أحدكم المرأة أواشترى الجارية فليأخذ بناصيتها وليدع بالبركة واذا اشترى البعير فليأخذ بذروة سنامه وليستعذ بالله من

﴿ جامع النكاح ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا تزوج أحدكم المرأة أواشترى الجارية فليأخذ بناصيتها وليدع بالبركة واذا اشترى البعير فليأخذ بذروة سنامه وليستعذ بالله من

الشيطان ﴾ ش أمره صلى الله عليه وسلم من تزوج امرأة أو اشترى جارية أن يأخذ بناصيتها وهو مقدم شعر الرأس ويدعو بالبركة وأمره الذى اشترى البعير أن يأخذ بذروة سنامه وهى أعلاه ويستعيذ بالله من الشيطان يحتمل أن يكون خص الابل بذلك لما روى أنها خلقت من الجن فاستعاذ بالله من سوء ما خلقت منه مخافة أن يكون فى الابل شئ من أخلاق من خلقت منه وقد قيل ان معنى ما روى أنها خلقت من الجن أن فيها من النفار والحدة والأذى والصول اذا هاجت ما شبهت من أجله بالجن فعلى هذا أيضا يحتمل أن يؤمر أن يستعيذ بالله من الشيطان الذى شبه به ما اشتراه بشره وأذاه وبما سببت له أسباب الشر وحمله على النفاق والاذى والترويع والهيجان وغير ذلك والله أعلم ص ﴿ مالك عن أبى الزبير المكى أن رجلا خطب الى رجل أخته فذكر انها قد كانت أحدثت فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فضربه أو كاد يضربه ثم قال مالك وللخبر ﴾ ش اخبار الرجل عن أخته اذ خطبت اليه أنها أحدثت يريد انه قد أصابها ما يوجب عليها حد الزنى وروى نحوه فى المدينة عن عيسى بن دينار فأنكر ذلك عليه عمر بن الخطاب رضى الله عنه ولعلها قد كانت أقلعت وتابت ومن عاد الى مثل هذه الحال لا يحل ذكره بسوء فان الله تعالى يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات ولا يلزم الولى أن يخبر من حال وليته الا بما يلزم فى ردها وهى العيوب الأربعة الجنون والجذام والبرص وداء الفرج وأما غيره من العيوب فلا يلزمه ذلك وبالله التوفيق ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن القاسم بن محمد وعروة بن الزبير كانا يقولان فى الرجل يكون عنده أربع نسوة يطلق احداهن البتة أنه يتزوج ان شاء ولا ينتظر أن تنقضى عدتها * مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن القاسم بن محمد وعروة بن الزبير أفتيا الوليد بن عبد الملك عام قدم المدينة بذلك غير أن القاسم بن محمد قال طلقها فى مجالس شتى ﴾ ش وهذا كما قال لأن المطلق زوجته لا يخلو أن يكون طلاقه بائنا أو رجعيا فان كان بائنا فهو على ما قال يجوز له أن يتزوج أختها أو عمتها أو خالتها وليس عليه أن ينتظر انقضاء عدتها وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يتزوج رابعة غيرها ولا أختها حتى تنقضى عدتها والدليل على ما نقوله ان الطلاق الثلاث معنى يقع به البينونة ويمنع الرجعة فوجب أن يفسخ نكاح الأخت كانقضاء العدة (مسئلة) وان كانت المطلقة رجعية فلا خلاف أنه لا يجوز أن يتزوج أختها ولا عمتها ولا خالتها ولا رابعة غيرها وهو متفق عليه من أقوال العلماء لأن أحكام الزوجية باقية بينهما وقول القاسم بن محمد له طلقها فى مجالس شتى بمعنى انه لا يجوز له أن يوقع البتة فى مجلس واحد ولا طلقتين لا تتخللهما رجعة ولا نكاح على ما يأتى ذكره بعد هذا ولم يحتج عروة الى ذكر هذا لأنه لا تأثير له فى جواز عقد نكاح غيرها وانما له تأثير فى حظر ايقاعها على غير الوجه الذى تقدم ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه قال ثلاث ليس فيهن لعب النكاح والطلاق والعتق ﴾ ش قوله رضى الله عنه ثلاث ليس فيهن لعب النكاح والطلاق والعتق يريد أنه لا يثبت فيهن حكم اللاعب ولا يعذر اللاعب فيهن بلعبه بل يحمل على مثل ما يحمل عليه الجاد من اللزوم وقد روى ابن المواز عن مالك فى الرجل يقول للرجل وهو يلعب زوج ابنتك من ابنى وأنا أمهرها كذا فقال الآخر على لعب وضحك أتريد ذلك قال نعم قد زوجته فذلك نكاح لازم فهذا المشهور من المذهب وروى فى العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فى رجل أبصر رجلا فقيل له تنظر اليه ولقد بلغنا انه ختنك فقال أشهدكم انى زوجته ابنتى بما شاء فقام الرجل يطلب زوجته بأثر ذلك أو بعد يومين فقال الأب كنت لاعبا قال ابن القاسم يحلف

الشيطان * وحدثنى عن مالك عن أبى الزبير المكى أن رجلا خطب الى رجل أخته فذكر انها قد كانت أحدثت فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فضربه أو كاد يضربه ثم قال مالك وللخبر * وحدثنى عن مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن القاسم بن محمد وعروة ابن الزبير كانا يقولان فى الرجل يكون عنده أربع نسوة فيطلق احداهن البتة انه يتزوج ان شاء ولا ينتظر ان تنقضى عدتها * وحدثنى عن مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن ان القاسم بن محمد وعروة ابن الزبير أفتيا الوليد بن عبد الملك عام قدم المدينة بذلك غير أن القاسم بن محمد قال طلقها فى مجالس شتى * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه قال ثلاث ليس فيهن لعب النكاح والطلاق والعتق

ثم كان ذلك منه على وجه النكاح ولا شيء عليه وحكى أبو محمد عن أبي بكر بن اللباد قال يلزمه النكاح فرواية أبي زيد مبنية على خلاف ما قدمناه من أن لعب النكاح لازم وحكم ذلك عنده على هذه الرواية حكم البيوع وفي العتبية قال سحنون عن علي بن زياد لا يجوز نكاح هزل ولا لعب ويفسخ قبل البناء وبعده ومعنى ذلك عندي والله أعلم إذا أقرا جميعا أنهما كانا لاعبين وأنهما لم يريدا النكاح فهذا ان ليس بينهما نكاح ويجب أن يفرق بينهما قبل البناء وبعده وقد تجوز في العبارة لانه ليس بينهما نكاح يفسخ ولا يقر ص * مالك عن ابن شهاب عن رافع بن خديج انه تزوج بنت محمد بن مسلمة الأنصاري فكانت عنده حتى كبرت فتزوج عليها فتاة شابة فآثر الشابة عليها فناشدته الطلاق فطلقها واحدة ثم أمهلها حتى اذا كادت تحل راجعها ثم عاد فآثر الشابة عليها فناشدته الطلاق فطلقها واحدة ثم راجعها ثم عاد فآثر الشابة فناشدته الطلاق فقال ما شئت انما بقيت واحدة فان شئت استقررت على ما ترين من الأثرة وان شئت فارقتك قالت بل أستقر على الأثرة فأمسكها على ذلك ولم ير رافع عليه إثما حين قرت عنده على الأثرة * ش قوله فآثر الشابة عليها الايثار يكون على أربعة أضرب أحدها الايثار يكون بمعنى المحبة لاحداهما والميل اليها فهذا الضرب لا يملك أحد دفعه ولا الامتناع منه وانما الانسان مضطر الى ما جبل عليه منه (مسئلة) والضرب الثاني ايثار احدى الزوجتين على الأخرى في سعة الانفاق عليها والكسوة وسعة المسكن ولكن ذلك بحسب ما تستحقه كل واحدة منهما لان لكل واحدة منهما نفقة مثلها ومؤنة مثلها ومسكن مثلها على قدر شرفها وجمالها وشبابها وسماحتها فهذا الايثار واجب ليس للأخرى الاعتراض فيه ولا للزوج الامتناع منه ولو امتنع لحكم به عليه (مسئلة) والضرب الثالث من الايثار أن يعطي كل واحدة منهما من النفقة والكسوة والمؤنة ما يجب لها ثم يؤثر احداهما بأن يكسوها الخز والحرير والحلي ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك أن ذلك له فهذا الضرب من الايثار ليس لمن وفيت حقها أن تمنع الزيادة لضرتها لا يجبر عليه الزوج وانما له فعله اذا شاء (مسئلة) والضرب الرابع أن يؤثر احدى الزوجتين بنفسه مثل أن يبيت عند احداهما ولا يبيت عند الأخرى أو يكون مبيته عند احداهما أكثر أو يجامعها ويجلس عندها في يوم الأخرى أو ينقص احداهما من نفقة مثلها ويزيد الأخرى أو يجري عليها ما يجب لها فهذا الضرب من الايثار لا يحل للزوج فعله الا باذن المؤثر لها فان فعله كان لها الاعتراض فيه والاستعداء عليه قال الله تعالى فلا تميلوا كل الميل وان أذنت له في ذلك فهو جائز وقد وهبت سودة بنت زمعة يومها لعائشة تبتغي بذلك رضا النبي صلى الله عليه وسلم فكان يقسم بذلك لعائشة يومين وفي المدنية عن عيسى انه يقع في نفسي أن الايثار المذكور في هذا الحديث هو في القسم لها من نفسه في المبيت وما يجب عليه العدل فيه بين نسائه لان الأثرة في غير ذلك جائزة فيما يريد أن يؤثر به من ماله بعد الذي يعدل بينهن في المبيت وما لا بد له من النفقة على قدرها وقدر عياله عندها

(فصل) وقوله فناشدته الطلاق فطلقها ثم ارتجعها ان كان ايثاره أولا الايثار الذي لا اعتراض لها فيه ولا لها المنع منه ولا المطالبة بمثله فان مناشدتها إياه الطلاق على سبيل الرغبة اليه وكان طلاقه اياها اسعافا لرغبتها وموافقة لارادتها وان كان ايثاره ايثارا لها الاعتراض فيه والمنع منه لكنه أتى من ذلك ما أتى باذنها ومن اباحتها ثم ظهر اليها المنع من ذلك فان مناشدتها اياه الطلاق بمعنى مطالبته بالحق ودعائه الى الحكم الواجب لان المرأة اذا أباحت لزوجها الايثار عليها بان لا يقسم لها أو

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن رافع بن خديج انه تزوج بنت محمد ابن مسلمة الانصاري فكانت عنده حتى كبرت فتزوج عليها فتاة شابة فآثر الشابة عليها فناشدته الطلاق فطلقها واحدة ثم أمهلها حتى اذا كادت تحل راجعها ثم عاد فآثر الشابة عليها فناشدته الطلاق فطلقها واحدة ثم راجعها ثم عاد فآثر الشابة فناشدته الطلاق فقال ما شئت انما بقيت واحدة فان شئت استقررت على ما ترين من الأثرة وان شئت فارقتك قالت بل استقر على الأثرة فامسكها على ذلك ولم ير رافع عليه اثما حين قرت عنده على الأثرة

تبيح له في يومها الجلوس عنـده ضر نهاثم بدا لها الرجوع في ذلك كان لها الرجوع فيه والمنع منـه رواه ابن المواز عن مالك ومثـله روى عن النخعي ومجاهـد وقال الحسن ليس لها الرجوع في ذلك والدليل على مانقوله ان كل ضرر لحق من الزوج مؤثر في المواصـلة والاستمتاع فان للمرأة الخيار فيه بعـد الرضا به اذا كان مما يرجى زواله ويضر بقاؤه كعجز المعترض (مسئلة) فاذا قلنا لها الرجوع في ذلك وجب على الزوج أن يرجع الى العدل بينهـما أو يطلق ولذلك آثر رافع بن خديج الطلاق ولم يؤثر المساواة بينهما وذلك جائز له على حسب ماتقدم

(فصل) وقوله فطلقها حتى اذا كادت أن تحل راجعها يحتمل أن يكون انما كان راجعها يعتقد المساواة بينهما ثم يبدو له فيخيرها بين الرضا بالايثار أو الطلاق ويحتمل أن يكون انما كان راجعها على رضاها بالايثار فيتمادى على ذلك مدة ثم يبدو لها فترجع عن الرضا به ولا بأس بالمراجعة على الايثار وأما عقد النكاح على الايثار فقد روى ابن المواز وابن حبيب انه لا يجوز زاد ابن حبيب وان كان يجوز بعد النكاح الصلح على الأثرة (مسئلة) فان وقع النكاح على ذلك فقد روى محمد وابن حبيب يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويبطل الشرط ووجـه ذلك انه مبني على ان الفساد في المهر وانه انما رضي بهذا المقدار على ماشرط من الأثرة

(فصل) وقوله عند الثالثة ماشئت انما بقيت واحـدة فان شئت استقررت على ماترين من الأثرة وان شئت فارقتك يريد أنه ان طلقها هذه الطلقة التي بقيت لم يكن له الى ارتجاعها سبيل ولو رضيت بالأثرة لم ينفعها وانما بقي لها أن ترضى الآن بالأثرة وتقر على ذلك أو يطلقها آخر الطلاق فلا يكون الها سبيل

(فصـل) وقولها بل أستقر على الأثرة فأمسكها على ذلك ولم ير رافع عليـه اثما حين قرت عنـده على الأثرة يريد أنه رأى انه لا اثم عليه في الايثار عليها الذي لا يجوز له الا باذنها ولو لم ترض به لـكان آثما فيـه لو تمادى عليـه والله أعلم وأما اذا كان يرضى في المدنيـة عن عيسى قلت لابن القاسم يجوز للرجـل أن يفعل مثـل مافعل رافع فقال لي لا بأس بذلك لانه لم يضرها ولو شاء ابتـدأ طلاقها من غـير تخيير وروى يحيي بن يحيي عن نافع قال ما أحب ذلك لأحـد قال الله تعالى فلا تميـلوا كل الميـل فتذروها كالمعلقة قال يحيي بن ابراهـيم قول ابن القاسم هو الفقه بعينه والله أعلم

﴿ تم الجزء الثالث من المنتقى للعلامة الباجي ＊ ويليه الجزء الرابع وأوله كتاب الطلاق ﴾

﴿ فهرست الجزء الثالث من كتاب المنتقى للإمام الباجي رحمه الله ﴾

صحيفه

صحيفه

صحيفه

صحيفه

صحيفه

﴿ تمت ﴾

﴿ الجزء الرابع من ﴾

كتاب

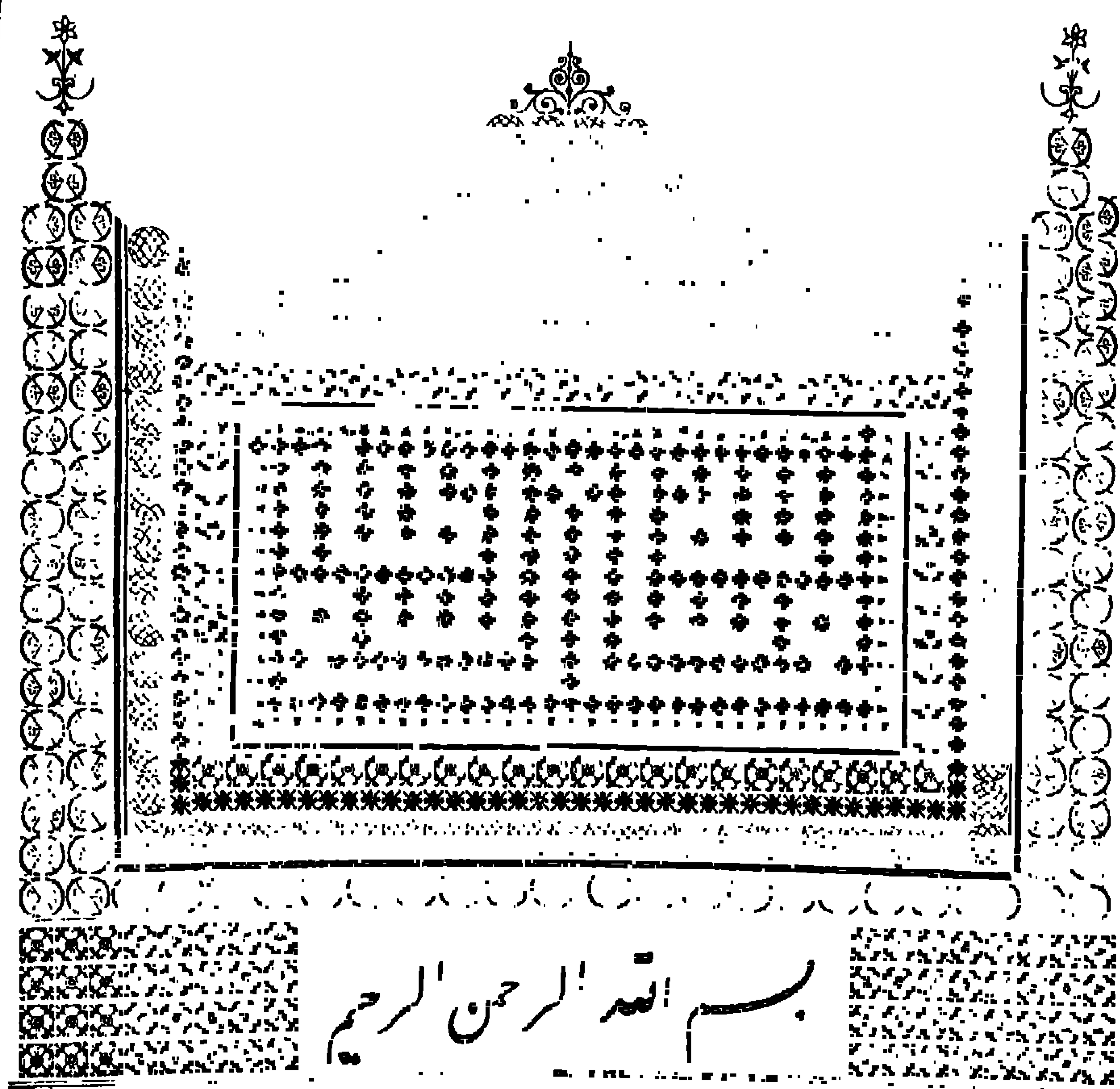
المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث
الباجي الاندلسي من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة
المالكية المولود سنة ٤٠٣ المتوفى سنة ٤٩٤
رحمه الله ورضي عنه

« الطبعة الاولى – سنة ١٣٣٢ هـ »

مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر

الطبعة الثانية
دار الكتاب الإسلامي
القاهرة



﴿ كتاب الطلاق ﴾

(ماجاء فى البتة)

ص ﴿ مالك انه بلغه ان رجلا قال لعبدالله بن عباس انى طلقت امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى على فقال له ابن عباس طلقت منك بثلاث وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا ﴾ ش قوله طلقت امرأتى مائة تطليقة يحتمل ايقاعها مجتمعة ومفترقة ولا تأثير للزائد على الثلاث فى جمعها الا ماله من التأثير فى تفريقها وذلك انه اثم فيها ولا يعتد عليه بشئ منها ان جدد نكاحها بعد زوج وانما الذى فرق بينهما ان التى يطلقها واحدة بعد أخرى يتعين له التى يحرم بها عليه وهى الثلاث الاول ومابعدها من الطلاق فانما يتناول امرأة أجنبية لا يتعين بها طلاق والذى يجمع لا يتعين له الثلاث التى تحرم بها عليه وهذا لا تأثير له فى الحكم الا فى الاستثناء وهو اذا قال لها طلقتك مائة الا تسعة وتسعين وقد روى عن سحنون انها بائن منه بثلاث وروى عنه انه قال لا يقع عليها الا طلقة واحدة فمن جعل مازاد على لفظ الثلاث ليس له غير حكم الثلاث ألزمه الثلاث بمنزلة قوله أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا ومن جعل للفظ المائة تأثيرا جعل لمازاد من الاستثناء على الثلاث تأثيرا فلم يبق من الطلاق الا واحدة

(باب مايجوز ايقاعه من الطلاق)

يعتبر بثلاثة معان العدد والصفة والزمان قال القاضى أبو محمد الطلاق على ثلاثة أضرب طلاق سنة وطلاق بدعة وطلاق لا يوصف بسنة ولا ببدعة قال ومعنى قولنا طلاق سنة انه أوقع على الوجه الذى

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الطلاق ﴾

(ماجاء فى البتة)

* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه أن رجلا قال لعبد الله بن عباس انى طلقت امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى على فقال له ابن عباس طلقت منك بثلاث وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا

و رد الشرع بايقاعه عليه ومعنى وصفنا بانه للبدعة انه أوقع على غير الوجه الذي و رد الشرع بايقاعه عليه * والضرب الثالث فمن عقد ايقاع الطلاق عليها في جميع الأحوال وهذه الثلاثة الأقسام تصح من جهة الزمان فاما من جهة العدد والصفة فلا يكون الاقسمان سنة و بدعة ويبطل القسم الثالث فاما العدد فانه لا يحل أن يوقع أكثر من طلقة واحدة فمن أوقع طلقتين أو ثلاثا فقد طلق بغير السنة وقال الشافعي موقع الثلاث جملة مطلق للسنة والدليل على مانقوله قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ولا يخلو أن يكون أمرا بصفة الطلاق والأمر يقتضي الوجوب أو يكون اخبارا عن صفة الطلاق الشرعي ومن أصحابنا من قال ان الألف واللام تكون للحصر وهذا يقتضي أن لا يكون الطلاق الشرعي على غير هذا الوجه فان قيل المراد بذلك الاخبار عن ان الطلاق الرجعي طلقتان وان ما زاد عليه ليس برجعي قالوا يدل على ذلك انه قال بعد ذلك فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ثم أفرد الطلقة الثالثة لما لم تكن رجعية وفارق حكمها حكم الطلقتين فقال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره * اذا كان المراد ما ذكرناه من الاخبار عن الطلاق الرجعي لم يدل ذلك على ان هذا هو الطلاق الرجعي دون غيره * فالجواب أن هذا أمر اضمر في الكلام مع استقلاله دونه بغير دليل لانكم تضمرون الرجعي وتقولون معناه الطلاق الرجعي مرتان واذا استقل الكلام دون ضمير لم يجز تعديها الا بدليل * وجواب ثان وهو انه لو أراد الاخبار عما ذكرتم لقال الطلاق طلقتان لان ذلك يقتضي ان الطلاق الرجعي أوقعهن مجتمعتين أو مفترقتين فلما قال مرتان ولا يكون ذلك الا لايقاع الطلاق مترقا ثبت انه قصد الاخبار عن صفة ايقاعه لا الاخبار عن عدد الرجعي منه فان قالوا ان لفظ التكرار اذا علق باسم أريد به العدد دون تكرار الفعل يدل على ذلك قوله تعالى نؤتها أجرها مرتين لم يرد تفريق الأجر وانما أراد تضعيف العدد * فالجواب أن قوله نؤتها أجرها مرتين حقيقة فيما ذكرناه من تكرار الفعل دون العدد ولا فرق في ذلك بين أن يعلق على فعل أو اسم يدل على ذلك انك تقول لقيت فلانا مرتين فيقتضي تكرار الفعل وكذلك قوله دخلت مصر مرتين فاذا كان ذلك أصله وحقيقته ودل الدليل في بعض المواضع على العدول به عن حقيقته واستعماله في غير ما وضع له لم يجز حمله على ذلك في موضع آخر الا بدليل وجواب آخر وهو ان الفضل قال معنى نؤتها أجرها مرتين مرة بعد مرة في الجنة فعلى هذا لم يخرج اللفظ عن بابه الا عدل به عن حقيقته وان قلنا ان معناه التضعيف في ماله وأجره فالفرق بينهما ان قوله تعالى نؤتها أجرها مرتين يفيد التضعيف ويمنع الاقتصار على ضعف واحد ولو كان معنى قوله تعالى الطلاق مرتان يريد به التضعيف لمنع من ايقاع طلقة واحدة والابطل معنى التضعيف وهذا باطل باتفاق ودليلنا من جهة السنة ما روى مخرمة بن بكير عن أبيه قال سمعت محمد بن لبيد قال أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقال فعلته لاعبا ثم قال تلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يارسول الله ألا أقتله ودليلنا من جهة القياس ان هذا معنى ذو عدد يقتضي البينونة فوجب تحريمه كاللعان (فرع) اذا ثبت ذلك فمن أوقع الطلاق الثلاث بلفظة واحدة لزمه ما أوقعه من الثلاث و به قال جماعة الفقهاء وحكى القاضي أبو محمد في اشرافه عن بعض المبتدعة يلزمه طلقة واحدة وعن بعض أهل الظاهر لا يلزمه شئ وانما روى هذا عن الحجاج بن ارطاة ومحمد بن اسحق والدليل على مانقوله اجماع الصحابة لان هذا مروى عن ابن عمر وعمران بن حصين وعبد الله بن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم ولا مخالف لهم وما روى عن ابن

عباس فى ذلك من رواية طاوس قال فيه بعض المحدثين هو وهم وقد روى ابن طاوس عن أبيه عن
ابن وهب خلاف ذلك وانما وقع الوهم فى التأويل * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى ان
الرواية عن ابن طاوس بذلك صحيحة فقد رواه عنه الأئمة معمر وابن جريج وغيرهما وابن طاوس امام
والحديث الذى يشيرون اليه هو ما رواه ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر بن الخطاب رضى الله عنه طلاق
الثلاث واحدة فقال عمر رضى الله عنه قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه اناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه
عليهم ومعنى الحديث أنهم كانوا يوقعون طلقة واحدة بدل ايقاع الناس ثلاث تطليقات و يدل على صحة
هذا التأويل ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال ان الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه اناة
فانكر عليهم ان أحدثوا فى الطلاق استعجال أمر كانت لهم فيه اناة فلو كان حالهم ذلك من
أول الاسلام فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم ما قاله ماعاب عليهم انهم استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه اناة
و يدل على صحة هذا التأويل ما روى عن ابن عباس من غير طريق انه أفتى بلزوم الطلاق الثلاث لمن
أوقعها مجتمعة فان كان هذا معنى حديث ابن طاوس فهو الذى قلناه وان حمل حديث ابن طاوس على
ما يتأول فيه من لا يعبأ بقوله فقد رجع ابن عباس الى قول الجماعة وانعقد به الاجماع ودليلنا من جهة
القياس ان هذا طلاق أوقعه من يملكه فوجب أن يلزمه أصل ذلك اذا أوقعه مفرقا (مسئلة) اذا
ثبت ذلك فسنة الطلاق أن يطلقها طلقة واحدة ثم يمهلها حتى تنقضى عدتها ان أراد امضاء الطلاق
فان طلقها فى القرء الثانى طلقة وفى القرء الثالث طلقة فان الطلقتين المتأخرتين ليستا للسنة وقال
أبو حنيفة ان طلاق السنة أن يطلقها فى كل قرء طلقة فتنقضى عدتها وقد طلقها ثلاثا وقد قال أشهب لا
بأس به مالم يرتجعها فى خلال ذلك وهو يريد أن يطلقها ثانية فلا يحق له ذلك لما يريد من تطويل العدة
فوجه قول مالك قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهذا يقتضى ايقاع طلاق يعتد به والطلقة الثانية
لا عدة لها فلا يتناولها الأمر بصفة الطلاق ومن جهة القياس ان هذا طلاق فى مدخول بها لا يوجب
عدة فلا يكون للسنة أصل ذلك اذا طلق الثلاث بلفظ واحد فان الثانية والثالثة ليست للسنة لما لم
توجب عدة اذا ثبت ذلك فقد قال ابن المواز طلقة فى كل طهر أحب الى من طلقتين فى مجلس وهذا
انما هو بمعنى ان أحد الأمرين أشد من الآخر (مسئلة) وأما اعتبار السنة من جهة الزمان فان
يطلق المدخول بها الحامل التى تجرى حيضتها على المعتاد فى طهر لم تمس فيه ولا عقيب حيضة طلق
فيها وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى
(فصل) وقوله رضى الله عنه طلقت منك بثلاث يريد ان الثلاث تعلقت بها دون ما زاد على ذلك
فانها لا تعلق لها بها واذا طلقت منه بثلاث وكان للثلاث تعلق بها وتأثير فى نكاحها فقد انقطعت
العصمة بينهما ونفذ ما كان له فيها من الطلاق و بذلك لم يتعلق بها ما زاد على الثلاث فلا تحل له حتى
تنكح زوجا غيره على ما قدمناه
(فصل) وقوله رضى الله عنه وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا يريد انه أتى بها تلاعبا
واستهزاء ومخالفة لما أتت به آيات الله من ان الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان
وهى الثالثة عند كثير من العلماء وممن قال به قتادة وقد قال غيره ان الثالثة قوله عز وجل فان طلقها
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فاذا كان البارىء تعالى قد نص فى كتابه الكريم على
أن الطلاق ثلاث ثم طلق رجل أكثر من ثلاث فقد خالف كتاب الله وقصد الاستهزاء والتلاعب

والله أعلم ص ﴿ مالك انه بلغه ان رجلا جاء الى عبد الله بن مسعود فقال انى طلقت امرأتى ثمان تطليقات فقال ابن مسعود ماذا قيل لك قال قيل لى انها قد بانت منى فقال ابن مسعود صدقوا من طلق كما أمره الله فقد بين الله له ومن لبس على نفسه لبسا جعلنا لبسه به لا تلبسوا على أنفسكم ونتحمله عنكم هو كما يقولون ﴾ ش قول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ماذا قيل للسائل عن طلاقه ثمانيا يحتمل أن يكون ليرى أقوال الناس فى ذلك ويعلم اتفاقهم من اختلافهم وربما كان للمفتى فى ذلك شئ الى أمر أغفله وان وجد العلماء قد خالفوا ما ظهر اليه حمله ذلك على اعادة النظر والزيادة فى الاجتهاد والتثبت وان رأى الفقهاء قد وافقوا رأيه قوى فى نفسه وظهر اليه وشكر الله تعالى على ما أعانه عليه وأظهر الموافقة والتصحيح لقول العلماء ولذلك قال عبد الله بن مسعود صدقوا فاظهر تصديقهم وموافقتهم

(فصل) وقوله رضى الله عنه من طلق كما أمره الله فقد بين الله له يريد ان سنن الطلاق بينة قد بينها الله عز وجل فى كتابه لا يحتاج العامل بها ولا المفتى فيها الى بحث ولا نظر ولا اجتهاد فمن أطاع الله تعالى فى طلاقه وأوقعه على حسب ما أمره به فهو بين واضح ان كان ممن يقرأ القرآن بان له من نصه وان كان ممن لا يقرأ أو لا يفهمه سأل عن ذلك فاخبر عن أمر واضح بين لا يحتمل الزيادة ولا النقص

(فصل) وقوله رضى الله عنه ومن لبس على نفسه لبسنا عليه أى جعلنا لبسه به يريد انه من تعدى الواضح من أمر الله تعالى فى الطلاق فقد لبس على نفسه ودخل فى أمر متلبس مشتبه يحتاج المفتى فيه الى البحث والاجتهاد ولا يتضح له مع ذلك الحكم كوضوح المنصوص عليه فيجعل لبسه به ويغلظ عليه وذلك من وجهين أحدهما انه متى ترددت الأدلة بين التحريم والاباحة ولم يكن وجه الحكم بينا غلب التحريم والمنع والثانى ان الطلاق المباح هو الذى يقتضى التحقيق فمن خالفه الى الطلاق الممنوع المحرم اقتضى التغليظ عليه والتغليظ فى الطلاق معناه الالزام

(فصل) وقوله رضى الله عنه لا تلبسوا على أنفسكم ونتحمله عنكم هو كما يقولون يريد ان من طلق على غير ما أمره الله به ولبس على نفسه فان المفتى لا يتحمل له ما اشتبه عليه ولا يوقع هذا ثلاث تطليقات فى لفظ واحد فيقول له المفتى انها طلقة واحدة حتى يفرقها لان جمع الطلاق ليس فى كتاب الله تعالى وانما يقتضى ظاهر القرآن تفريقه لقوله تعالى الطلاق مرتان فمن لبس على نفسه بايقاع الطلاق بلفظة واحدة جعل ذلك بمعنى انه ألزم الثلاث وقد روى مجاهد قال سئل عبد الله بن عباس عن رجل طلق امرأته ثلاثا فقال واذا طلقتم النساء حتى بلغ يجعل له مخرجا وانك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجا

(مسئلة) اذا ثبت ذلك فسواء علق الطلاق على جملة المرأة فقال أنت طالق أو فلانة طالق أو على جزء منها فقال يدك طالق أو شعرك طالق وبهذا قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لا يلزمه الطلاق الا فى خمسة أعضاء الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج والدليل على ما نقوله انه جزء متصل بها اتصال خلقة فوجب وقوع الطلاق عليه كوقوعه على الجملة أصل ذلك اذا أوقعه على أحد الأعضاء الخمسة (فرع) اذا ثبت ذلك فأى عضو علق به الطلاق لزم وقد اختلف أصحابنا فى الشعر والكلام فقال سحنون تعليق الطلاق أو العتق بالشعر غير لازم وكذلك الكلام ورواه ابن المواز عن ابن عبد الحكم قال وكذلك من قال سعالك على حرام قال وروى عن أشهب انه لازم ووجه القول الأول انه مما لا تحله الحياة ووجه الرواية الثانية انه مما يقع به الالتذاذ على وجه الاستمتاع فأشبه الوجه واليدين ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن أبى بكر بن حزم ان عمر بن عبد العزيز قال البتة

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن رجلا جاء الى عبد الله بن مسعود فقال انى طلقت امرأتى ثمان تطليقات فقال ابن مسعود ماذا قيل لك قال قيل لى انها قد بانت منى فقال ابن مسعود صدقوا من طلق كما أمره الله فقد بين الله له ومن لبس على نفسه لبسا جعلنا لبسه به لا تلبسوا على أنفسكم ونتحمله عنكم هو كما يقولون * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن أبى بكر بن حزم أن عمر بن عبد العزيز قال له البتة

مايقول الناس فيها قال أبو بكر فقلت له كان أبان بن عثمان يجعلها واحدة فقال عمر بن عبد العزيز لو كان الطلاق ألفا ما أبقت البتة منه شيأ من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى ﴾ ش قول عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه البتة مايقول الناس فيها سؤال لأصحابه ومن حضر مجلسه من العلماء عما بلغهم من أقوال الصحابة ومن بعدهم من أهل العلم وقد اختلفوا في ذلك اختلافا شديدا وذلك ان المتأخرين من الفقهاء قالوا ان الطلاق على ضربين صريح وكناية فذهب القاضي أبو محمد الى ان الصريح ما تضمن لفظ الطلاق على أي وجه كان مثل أن يقول أنت طالق وأنت مطلقة أو قد طلقتك أو الطلاق له لازم وما عدا ذلك من ألفاظ الطلاق مما يستعمل فيه فهو كناية وبهذا قال أبو حنيفة قال القاضي أبو الحسن صريح الطلاق ألفاظ كثيرة وبعضها أبين من بعض الطلاق والسراح والفراق والحرام والخلية والبرية وقال الشافعي الصريح ثلاثة ألفاظ وهو ما ورد به القرآن من لفظ الطلاق والسراح والفراق ووجه المسئلة عندي على مطلق الكلام فيها أن الصريح في كلام العرب على وجهين أحدهما أن يريد بالصريح الخالص الذي يستعمل في الطلاق دون غيره أو وضع له دون غيره ولذلك روي في الحديث هذا صريح الايمان أي خالصه والوجه الثاني أن يريد بالصريح البين من قولهم صرح فلان بالقول اذا بينه وقصد الاخبار عنه فاذا قلنا ان معنى الصريح الخالص فمعنى قولنا صريح الطلاق ان هذا اللفظ وضع لهذا المعنى دون غيره أو يستعمل فيه دون غيره فان الصريح لفظ الطلاق خاصة لانه موضوع له دون غيره ويكون معنى كنايات الطلاق ما وضع له أو لغيره أو يستعمل في هذا المعنى وفي غيره كلفظ سرحتك وفارقتك وخليتك وباريتك وبنت منك

(فصل) فان قلنا ان معنى الصريح البين فان الصريح من الطلاق ما يفهم منه لفظ الطلاق مما يستعمل فيه كثيرا كفارقتك وسرحتك وخليتك وبنت منك وأنت حرام لان هذه الألفاظ وان استعملت في الطلاق وغيره الا انه قد كثر استعمالها في الطلاق وعرفت به فصارت بينة واضحة في ايقاع الطلاق كالغائط الذي وضع للمطمئن من الارض ثم استعمل على وجه المجاز في اتيان قضاء الحاجة فكان فيه أبين وأشهر منه فيما وضع له وكذلك في مسئلتنا مثله

(فصل) اذا ثبت ذلك فقد اختلف أصحابنا في البتة فروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال هي واحدة وبه قال أبان بن عثمان وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه هي ثلاث وروي أيضا عن عمرو به قال الزهري وعمر بن عبد العزيز والدليل على انها لا تكون الا ثلاثا في المدخول بها ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني كنت تحت رفاعة القرظي فطلقني البتة فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وان ما معه الا مثل الهدبة وأخذت هدبة من جلبابها فقال تريدين أن ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك فوجه الدليل من هذا الحديث انها قالت كنت تحت رفاعة القرظي فطلقني البتة ثم أجابها انها لا ترجع اليه حتى يمسها غيره وهذا يقتضي ان هذا حكم طلاق البتة ولو اختلف حكم البتة لما منعها حتى سألها عن أي أنواع البتة كان طلاقه اياها ودليلنا من جهة المعنى أن معنى البتة القطع وهذا يقتضي قطع العصمة بينهما والمبالغة في ذلك ولذلك يقال ما بقي بينهما شيء البتة يريدون المبالغة في قطع ما كان بينهما واذا كان ذلك معنى هذه اللفظة ومقتضاها فلا يكون ذلك في المدخول بها الا بالثلاث وأما قبل الثلاث فله الرجعة عليها والميراث بينهما فلا يوجد فيه معنى البت والقطع لما بينهما ولذلك قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه لو كان الطلاق ألفا ما أبقت البتة منه شيأ

مايقول الناس فيها قال أبو بكر فقلت له كان أبان بن عثمان يجعلها واحدة فقال عمر بن عبد العزيز لو كان الطلاق ألفا ما أبقت البتة منها شيأ من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى

(فصل) وقوله رضي الله عنه من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى يريد انه من قال البتة فى طلاقه فقد بلغ أقصى الغايات فى الطلاق ومنع التراجع الذى لا يوصف الفرقة التى لا تمنعه بالبتة وهذا المعنى من المبالغة فى ذلك لا يكون الا بالثلاث ويدل على أنه قد رمى الغاية القصوى على ما قاله عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ان ذلك مقتضى البتة وعلى ذلك يستعمل هذه اللفظة الناس فى الطلاق وغيره فى الجواز والمنع فيقول القائل لا أفعل ذلك البتة ومعناه انه لا سبيل الى مخالفة قوله ولا الى العدول منه بوجه وكذلك من قال أنت طالق البتة معناه طلاقا لا سبيل فيه الى مراجعة الزوجية وذلك لا يكون الا بالثلاث ص ﴿ مالك عن ابن شهاب ان مروان بن الحكم كان يقضى فى الذى يطلق امرأته البتة انها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحب ما سمعت الى فى ذلك ﴾ ش قوله ان مروان بن الحكم كان يقضى فى البتة بالثلاث يقتضى تكرار هذا القضاء منه وعلى هذا الوجه يستعمل هذا اللفظ فيمن يكثر منه الفعل وانما استظهر مالك بذلك لان مروان كان أميرا بالمدينة فى زمان جماعة من الصحابة وأجلة التابعين وعلمائهم وكان لا يقضى الا عن مشورتهم وبما اتفق عليه جميعهم أو أكثرهم وأعلمهم فاذا تكرر قضاؤه فى البتة انها ثلاث دل ذلك على أنه كان الظاهر من أقوالهم والمعمول به من مذاهبهم أو انه الذى اتفق عليه جميعهم والله أعلم (مسئلة) وهذا فى المدخول بها فأما غير المدخول بها فان نوى الثلاث أو لم ينو شيأ فلا خلاف فى المذهب انها ثلاث وان نوى واحدة فهل ينوى أولا فيه روايتان احداهما لا ينوى وتلزمه الثلاث وبه قال سحنون وابن حبيب والرواية الثانية أنه ينوى وبها قال مالك فالرواية الاولى مبنية على أن البتة لا تتبعض ولا يصح الاستثناء منها وهو معنى قول أصبغ فى العتبية ونص عليه سحنون فى المجموعة والرواية الثانية مبنية على أنها تتبعض ويصح الاستثناء منها وقد روى عنه فى العتبية ورواه سحنون عن العتبى وعلى هذا الاختلاف يجب أن يجرى القول فى الخلع وكل طلاق لا تتعقبه رجعة يوقعه الزوج باختياره والله أعلم (مسئلة) اذا قلنا انه ينوى فى غير المدخول بها فانه يحلف انه ما أراد الا واحدة فى البتة والبائنة والخلية والبرية قال سحنون انما يحلف اذا أراد نكاحها وليس عليه يمين قبل ارادة النكاح ونحوه قال ابن الماجشون ووجه ذلك انه لا معنى ليمينه قبل ذلك الوقت وانما يحتاج اليه عند النكاح لما يريده من استباحتها فيحلف ليتوصل بذلك الى استباحتها والله أعلم

﴿ ماجاء فى الخلية والبرية وما أشبه ذلك ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه انه كتب الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه من العراق أن رجلا قال لامرأته حبلك على غاربك فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه الى عامله أن مره يوافينى بمكة فى الموسم فبينما عمر يطوف بالبيت إذ لقيه الرجل فسلم عليه فقال عمر من أنت فقال أنا الذى أمرت أن أجلب عليك فقال له عمر أسئلك برب هذه البنية ما أردت بقولك حبلك على غاربك فقال له الرجل لو استحلفتنى فى غير هذا المكان ما صدقتك أردت بذلك الفراق فقال عمر بن الخطاب هو ما أردت ﴾ ش قوله انه كتب الى عمر بن الخطاب من العراق على حسب ما يلزم من مطالعة رأى الامام العليم بما يقع للناس من المسائل التى لم يتقدم فيها قول أو تقدم فيها الخلاف وفيها اشكال ولم تتقرر أحكامها بعد ولا اتضح وجه الحكم فيها فكتب الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه من العراق فى الرجل الذى قال لامرأته حبلك على غاربك وكتب عمر بن الخطاب الى عامله يأمره أن يوافيه فى الموسم وهذا مما يجب

* وحدثنى مالك عن ابن شهاب أن مروان بن الحكم كان يقضى فى الذى يطلق امرأته البتة أنها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحب ما سمعت الى فى ذلك

﴿ ماجاء فى الخلية والبرية وما أشبه ذلك ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه أنه كتب الى عمر ابن الخطاب من العراق أن رجلا قال لامرأته حبلك على غاربك فكتب عمر بن الخطاب الى عامله أن مره يوافينى بمكة فى الموسم فبينما عمر يطوف بالبيت اذ لقيه الرجل فسلم عليه فقال عمر من أنت فقال أنا الذى أمرت أن أجلب عليك فقال له عمر أسئلك برب هذه البنية ما أردت بقولك حبلك على غاربك فقال له الرجل لو استحلفتنى فى غير هذا المكان ما صدقتك أردت بذلك الفراق فقال عمر بن الخطاب هو ما أردت

على المفتى والناظر فى أمور المسلمين أن يفعله اذا أشكلت عليه مسئلة أن يشخص من نزلت به ويسائله ويناجيه عن فصولها والمعانى التى يتعلق الحكم بها ويختلف باختلافها فانه أقرب له الى أن يتبين من قوله ما يستعين به على فهم مسئلة أو يعظه ليقر بجميعها ولا يكتم شيأ منها ولعل عمر بن الخطاب رضى الله عنه انما وقت له الموسم لانه أيسر على القاصد فى وروده وانصرافه ويضيف الى ذلك عمل الحج وتحصيل عبادة فى الموسم ان تيسر ذلك له ولو أشخصه الى موضع آخر لم يحصل له من ذلك ما يحصل لمن يقصد مكة ويحتمل أيضا انه قصد المبالغة فى وعظه واستخبار جلية ما عنده باستحلافه على ذلك عند البيت لما يتعين من تعظيم المسلمين له

(فصل) وقوله فبينما عمر يطوف بالبيت اذ لقيه رجل فسلم عليه طاعة له وامتثالا لأمره بان يوافيه فى الموسم فلما أنكر عمر رضى الله عنه قصده اياه بالسلام على وجه ما يفعله من قصده وأراد مكالمته واعلامه بنفسه قال له من أنت فأعلمه بانه الرجل الذى أمر أن يوافيه فى الموسم

(فصل) وقول عمر رضى الله عنه أسألك برب هذه البنية هكذا رواه قوم البنية وهو اسم واقع على كل مبنى لكنه خص البيت بالاشارة اليه كما قال ورب هذا البناء وروى برب هذه البنية على مثل فعلية قال ابن السكيت البنية الكعبة يقال لا ورب هذه البنية ما كان كذا وكذا وقوله رضى الله عنه ما أردت بقولك حبلك على غاربك لما علم من تعظيم المسلمين للبيت وصدق كثير ممن يستبيح الكذب فى غير ذلك الموضع اذا استحلف فيه فقال الرجل لو استحلفتنى فى غير هذا المكان ما صدقتك اخبار عن تعظيمه للقسم فى هذا الموضع وانه يلتزم من البر فى حلفه عنده ما لا يلتزم فى غيره ولعله كان يمنعه من صدقه ندمه على الطلاق وفرط محبته لمن طلق ثم قال له أردت بها الفراق فقال له عمر بن الخطاب رضى الله عنه هو ما أردت يريد انه ألزمه الفراق وحكم به عليه ولم يبين فى الحديث مقدارا أهو طلقة واحدة رجعية أو طلقة واحدة لا رجعة فيها لأنه آخر ما بقى له فيها أو ثلاث تطليقات ولفظ الفرقة عند مالك ثلاث لا ينوى فى المدخول بها رواه أشهب عن مالك فى العتبية قال فان لم يدخل بها فعسى أن تكون واحدة ولو ثبت عندى أن عمر رضى الله عنه قال ينوى ما خالفته وقد قال بعض أصحابنا العراقيين يحتمل ما جاء عن عمر رضى الله عنه فى التى لم يدخل بها ولم يذكر فى الحديث بنى بها أو لم يبن فهو محتمل وهذا يقتضى أنه حمل قول عمر رضى الله عنه فى الفرقة على انها واحدة وقول مالك لو ثبت عندى أنه نواه ما خالفته يحتمل معنيين أحدهما أنه من أهل اللغة وهو أعلم بما يقتضيه هذا اللفظ فان كان هذا اللفظ يقتضى عنده أن ينوى لما خالفه العرب لأن العرب لا تخالف فى اللغة لا سيما مع ما يقترن بذلك من علم عمر رضى الله عنه ودينه وفقهه والمعنى الثانى أن يكون الامر فيه بعض الاشكال ولا يترجح بين أن ينويه أو لا ينويه ويترجح عنده الآن أنه لا ينويه فى المدخول بها فلو صح عنده أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه نواه فى مثل هذه القصة التى قد شاعت لترجح عنده هذا القول وظاهر قصة عمر عندى يقتضى أنها كانت فيمن لم يبق له الا طلقة واحدة أو فيمن كان له فيها جميع الطلاق فألزم الثلاث وذلك مقتضى مذهب مالك فيمن قال لامرأته حبلك على غاربك ووجه ذلك أن الحبل هو الذى كان بيد الزوج منها وذلك كناية عن عصمة الزوجة وملكه لها فاذا قال لها حبلك على غاربك فقد أقر بخروجه عن يده وكونه بيدها وذلك يقتضى أن يكون طلاقه لا رجعة فيه لأنه ان كان له فيها رجعة فليس حبلها على غاربها بل هو بيده ويرتجعها متى شاء وخروج الملك من يد الزوج حين إيقاعه لا يكون الا بالثلاثة وبآخر الطلاق وقال أبو بكر

ابن الانبارى الغارب من البعير أسفل السنام وهو ما انحدر من العنق وقال أبو العباس كانت العرب فى الجاهلية يطلقون نساءهم بهذا الكلام ومعناه أمرك فى يدك فاصنعى ما شئت فقد انقطع سببك من سببى

(فصل) وظاهر قول الرجل لو استحلفتنى فى غير هذا المكان ما صدقتك يدل على البينونة وانقطاع ما بينهما ولو كان انما ألزم طلقة له بعدها رجعة لكان التزامها أسهل عليه من أن يشخص من العراق يستحلف عند البيت عما أراد ويصرح عن نفسه بانه لو استحلف فى غير هذا الموضع ما صدق

(فصل) وأما استحلاف عمر رضى الله عنه اياه فليس على معنى استحلاف من ينوى انه ما أراد الا واحدة لأن ذلك لا يستحلف الا اذا أراد ارتجاعها وانما استحلافه على معنى الاستحلاف للاقرار بالحق فان أقر به أمضاه عليه باقراره وان أنكره وحلف على ذلك لم يعرج على يمينه ولا قضى بها ونظر الى ما يلزمه فى صريح الحق ولذلك لم يجاوب الحالف بانه أراد واحدة أو اثنتين وانما أجابه بانه أراد الطلاق وقد يلزم المفتى أن يفعل مثل هذا بالمستفتى فى الحلال والحرام أن يعظه ويذكره ويعظم عليه حقوق الله تعالى ومحارمه ليستدعى بذلك اقراره بالحق فان أقر بالحق سهل بذلك عليه طريق الفتوى وكان ذلك أقوى للمسئلة فى نفسه وان تمادى على الانكار أفتى عليه بما يؤديه اليه اجتهاده والله أعلم

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن على بن أبى طالب كان يقول فى الرجل يقول لامرأته أنت على حرام انها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحسن ما سمعت الى فى ذلك

ص ﴿ مالك انه بلغه ان على بن أبى طالب كان يقول فى الرجل يقول لامرأته أنت على حرام انها ثلاث تطليقات * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت الى فى ذلك ﴾ ش قوله رضى الله عنه فى الحرام انها ثلاث تطليقات هو قول زيد بن ثابت وقد روى أن على بن أبى طالب رضى الله عنه قضى بها فى عدى بن قيس الكلابى وقال له والذى نفسى بيده لئن مسستها قبل أن تتزوج غيرك لأرجمنك وهذا الذى ذهب اليه مالك انها فى المدخول بها ثلاث نوى واحدة أو ثلاثا وان زعم انه لم ينو طلاقا لم يصدق وقال الشافعى لا يكون طلاقا حتى ينوى الطلاق فيكون منه ما أراد من واحدة أو ثلاث وان أراد تحريمها من غير طلاق فعليه كفارة يمين وليس بمول والدليل على ما نقوله أن هذا لفظ جرى عرف الاستعمال له على وجه الطلاق فوجب أن يكون طلاقا أصل ذلك لفظ الطلاق ولا تجب به كفارة يمين لأنه لفظ مفسر عرا عن القربة واليمين فلم تجب به كفارة يمين أصل ذلك لفظ الطلاق ودليل آخر وهو أن هذا لفظ طلاق فلم تجب به كفارة يمين على الاطلاق وأصل ذلك لفظ الطلاق (مسئلة) فان قال نويت واحدة فقد تقدم من قول مالك أنه لا ينوى فى المدخول بها ويلزمه الثلاث وقال الثورى والاوزاعى والشافعى ان نوى واحدة فهى واحدة والدليل على ما نقوله أن الواحدة لا تحرمها بل له ارتجاعها وانما تحرمها الثلاث فاذا كان اللفظ الذى هو التحريم انما يقتضى معنى الثلاث حمل على ذلك ولم يصدق فى قوله أردت الواحدة وهى لا تحرمها وذلك أن لفظ التحريم انما يقتضى قطع العصمة وتحريم الزوجية بينهما وذلك لا يكون فى المدخول بها الا بالثلاث ولذلك يقال فى ذوات المحارم هى محرمة عليه وهى لا تحل له والمراد بذلك أنه لا يحل أن يكون بينهما زوجية يدل على ذلك ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى بنت أبى سلمة انها لو لم تكن ربيبتى فى حجرى لم تحل لى انها لابنة أخى من الرضاعة أرضعتنى واياها ثوبية ومما يدل على أن لفظ التحريم مقتضاه تحريم الزوجية أو تحريم عقد النكاح ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال فى غير المدخول بها ان الطلقة الواحدة تبينها والثلاث تحرمها فدل ذلك على أن معنى التحريم منع عقد النكاح وذلك لا يكون الا بالثلاث ولو أراد تحريم

الوطء لكان معناه معنى البينونة الواقعة فى غير المدخول بها بالطلقة الواحدة وقد روى مثل هذا عن أبى هريرة وابن عباس وهم من أهل اللسان فان قيل فانه يقال وطؤها عليه حرام والمطلقة الرجعية عندكم وطؤها حرام فيصح أن يريد ذلك بقوله أنت على حرام * فالجواب أن هذا غير صحيح لانه انما يقال وطؤها على حرام اذا عين الوطء وأما اذا علق التحريم عليها فلا يصح أن يراد به الا التحريم المعروف ولذلك لا يقال فى الحائض والمحرمة والصائمة هى من ذوى محارمه ولا هى عليه حرام ويقال وطؤها عليه حرام ووجه آخر وهو أن قوله أنت على حرام انما يقتضى انها حرام عليه حين نطقه بذلك والرجعية ليست بحرام لان استباحتها اليه ومن ملك استباحة شئ لم يوصف بأنه حرام عليه ولذلك لا يقال فى الانسان ملك غيره حرام عليه لما كان أخذه مباحا له وان كان لا يملكه قبل أخذه ولا يصح أن يصف ناقته ولا شاته بأن لحمها محرم عليه وان كان لا يجوز له أن يأكلها الا بعد الذبح وأمره موقوف على اختياره وتوصف الميتة بأن لحمها حرام عليه (فرع) فاذا قلنا ان لفظ التحريم يقتضى ذلك فانه يقتضى فى ذوات المحارم التحريم المؤبد لان معنى التحريم انما يقتضى تحريمها على الحال التى هى عليها يوم النطق به وهى عارية عن الزوجية فاقتضى وصفها بأنها حرام تحريم عقد النكاح عليها واستباحتها به لان بذلك تتميز ممن ليست بحرام ممن هى على صفتها فى التعرى من الزوجية وأما الزوجية فان اطلاق هذا اللفظ فيها يقتضى أحد أمرين اما أنه لا يحل له عقد نكاح عليها وهذا يقتضى إيقاع الثلاث فى المدخول بها وغيرها والثانى ان هذا التحريم متعلق بما أباحته الزوجية له وما ملكته اياه من ملك العصمة والوطء وضروب الاستمتاع والتوارث بحق النسب وثبوت أحكام الزوجية من ملك الطلاق والظهار والايلاء واللعان والرجعة ووجوب النفقة عليها وهذا يحصل فى غير المدخول بها بالواحدة وأما فى المدخول بها فلا يحصل ذلك الا بايقاع ما يملك فيها من الطلاق ولا يصح أن يراد بذلك تحريم الوطء لما قدمناه من أنه لا يوصف بالتحريم ما يملك استباحته متى شاء ويحتمل أن يصرف هذا اللفظ الى ذلك الا أن هذا أظهر فيما ذكرناه واذا كان فيه أظهر وجب أن يحمل عليه لاسيما اذا قال لم أبق عددا من الطلاق (فرع) وأما غير المدخول بها فان ما لم يكن نوى به وقوله أردت واحدة ويحمله على الثلاث اذا لم ينو عددا الا انها تحرم بالواحدة بخلاف المدخول بها وهذا على ما تقدم من أن تعليق التحريم عليها انما ينصرف الى تحريم ما استباحه بالنكاح منها وذلك يكون فى غير المدخول بها بالطلقة الواحدة وقد رأيت لبعض أصحابنا ان الحرام فى غير المدخول بها لا يكون ثلاثا ولا ينوى فى ذلك كالمدخول بها وعلى هذا يحمل قوله أنت على حرام على انه يقتضى أن تحريم عقد النكاح عليها كتحريم ذوات المحارم فيلزم هذا التحريم بالقول ويزول بدخول الزوج بعده ولا يزول تحريم ذوات المحارم لانه ثابت بالشرع فعلى هذا يلزم فى غير المدخول بها الثلاث وان زعم انه نوى واحدة لان التحريم الذى يلزم بالطلاق الثلاث ليس هو التحريم الذى يلزم بالواحدة فى غير المدخول بها لان ذلك تحريم يزيله عقد النكاح وتحريم الثلاث لا يزيله عقد النكاح وان كانت خالية من زوج (فرع) فاذا قلنا ينوى فى غير المدخول بها ولا ينوى فى المدخول بها فلو حلف قبل البناء وحنث بعده ففى كتاب ابن سحنون من حلف بالحلال عليه حرام قبل البناء وحنث بعده ونوى واحدة وقامت بينة بالحنث بعد البناء لا ينوى لانه يوم الحنث ممن لا ينوى ووجه ذلك أن اليمين انما تنعقد ويقع الطلاق بها يوم الحنث فيجب أن يراعى صفة ما يلزمه من الطلاق ذلك اليوم قال ابن سحنون وقد قال بعض أصحابنا الا أن تعلم ذلك منه البينة قبل البناء فلا يلزمه الا طلقة وله الرجعة وقال

سحنون اذا حلف قبل البناء بالحرام أو الخلية أو البرية ثم حنث بعد البناء فقال نويت واحدة فله ذلك وله الرجعة ووجهه ان الاعتبار باليمين يوم أوقعت لا يوم الحنث بدليل انه ان كان يوم اليمين بصفة من لا يلزمه اليمين لم يلزمه يمينه وان كان يوم الحنث بصفة من تلزمه ولو كان يوم اليمين بصفة من تلزمه الايمان وكان يوم الحنث بصفة من لا تلزمه اليمين لذهاب عقله أو غيره لزمته اليمين ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول فى الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات كل واحدة منهما ﴾ ش قوله رضى الله عنه فى الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات هذا المشهور من مذهب مالك رحمه الله و به قال على بن أبى طالب وعائشة وابن عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ولم ينو مالك فى المدخول بها وقد روى أبو الفرج عن أشهب عن مالك فى الخلية والبرية انه ينوى فى المدخول بها وقال الشافعى هى ما نوى أقل من ثلاثة فهى رجعية وهو نحو رواية أشهب وقال أبو حنيفة فى الخلية والبرية والبائن اذا أراد طلاقا فواحدة بائن والدليل على ما نقوله من لزوم الثلاث ان معنى الخلية التى خلت من الأزواج ولذلك لا يستعمل فى الرجعية لان الرجعية ذات زوج وكذلك معنى البرية هى التى برئت من عصمة الزوجية لان كلام الزوج راجع الى ذلك لانه لم يطلبها بدين فيرجع قوله برية اليه واذا كان مقتضى اللفظ ازالة العصمة وذلك لا يكون فى المدخول بها الا بالثلاث وجب أن يحمل عليه ووجه قول أشهب أن يريد بقوله خلية و برية انها قد خلت من الزوجية التى تملك بعقد النكاح و برئت منها لانه اليوم لا يملك منها ما كان يملكه بالزوجية مع أن هذا اللفظ جار الى البينونة بانقضاء العدة فاذا احتمل ذلك جاز أن يحمل عليه ويصدق فيه وهذا بعيد فى معنى اللفظ أن المطلقة الرجعية لم تبن عن عصمة الزوج لانه يملك اجبارها على الزوجية وأحكام الزوجية كلها ثابتة بينهما واذا قلنا برواية أشهب يحتمل أن يريد به واحدة بائنة و يحتمل أن يريد به رجعية والأظهر من معنى اللفظ أن تكون بائنة لان الرجعية لم تبرأ من الزوجية ولا خلت منها وقد اختلف أصحابنا فى وقوع الواحدة البائنة فى المدخول بها فروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى الذى يقول لامرأته أنت طالق طلاق الخلع انها واحدة بائنة وكذلك ان قال خالعت امرأتى أو بارأتها أو افتدت منى وكذلك ان قال صالحت امرأتى أخذ منها عوضا أو لم يأخذ فهى طلقة بائنة أو هى مبارئة وقال مطرف فى الذى يقول لها أنت طالق طلاق الصلح هى طلقة رجعية ولا يكون طلاق الصلح الا بعطية وقال ابن الماجشون هى البتة و به قال أشهب وسحنون فوجه القول بأنها واحدة بائنة انه وصف الطلاق بصفة يقع الطلاق عليها منه واحدة بائنة بأن أضافه الى خلع أو صلح أو مفاداة أو مبارأة لما استعمل فى ذلك لفظ المفاعلة التى ظاهرها أن تكون من اثنين فكأنه أبرأها من عصمته لما أبرأته من حقوقها عليه وما كان بهذه الصفة يكون طلقة بائنة فكذلك ما وصف لها فجعل هذا الحكم لنفس الطلاق على هذا الوجه لا للعوض فى الصلح والخلع ووجه قول مطرف انه لما كان هذا النوع كله من الفرقة انما يقتضى باطلاقه طلقة واحدة ووصف به طلاقه اقتضى طلقة واحدة فأما منع الرجعة فى الخلع والصلح وما أشبههما فانما كان للعوض الذى أخذ فلما عرا هذا الطلاق من العوض لم يمنع الرجعة ووجه قول ابن الماجشون ان ما وصف به طلاقه اقتضى البينونة ومنع الرجعة ولما كان ذلك لا يحصل الا بالثلاث حمل طلاقه على الثلاث (فرع) وما قدمناه من الخلاف يثبت فى باريت ولم يذكر أحد من أصحابنا فى برية الا الرواية التى ذكرناها عن أشهب و يحتمل أن تلحق برية على هذه الرواية بما قدمناه و يحتمل أن يفرق بينهما بأن باريت فيه معنى الصلح وأما برية فليس فيه معنى

* وحدثنى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول فى الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات كل واحدة منهما

الصلح الذى يثبت البينونة مع الواحدة وانما يقتضى أن تكون واحدة رجعية أو ثلاثة تمنع الرجعة باستيفاء عدد الطلاق (مسئلة) وأما قوله خليتك فان قال لم أرد طلاقا استحلف على ذلك وقبل منه ومنع هذا فى خليت سبيلك لان استعمال هذا فى غير الطلاق أكثر من خليت سبيلك قاله ابن المواز وان قال أردت الطلاق ولم ينو شيأ فقال ابن حبيب هى مثل خليت سبيلك وفارقتك وسرحتك ثلاثا فى المدخول بها حتى ينوى أقل من ذلك فيحلف وقاله محمد بن المواز وقال ان لم تكن له نية أو لم يحلف فهى ثلاث ووجه ذلك ان معنى اللفظ يقتضى ماقاله من أن يكون قد خلى سبيلها الذى كان له عليها والرجعية لم يخل سبيلها بل هى فى حكمه بأنه قد خلى سبيلها (فرق) والفرق على هذا القول بينهما و بين حرام و بائن و بتة و بتلة وخلية و برية وان كان المعنى واحدا الا أن استعمال هذه الالفاظ فى غير الطلاق وفى الطلقة الواحدة على ضرب من الاتساع فى الكلام أكثر من استعمال الحرام والبائن والبرية والخلية فيه فان هذه الالفاظ مع اقتضائها معنى الثلاث لا تكاد تستعمل الا على هذا الوجه وللاستعمال تأثير فى تحقيق معانى الالفاظ كما له تأثير فى اقتضاء الالفاظ غير ماوضعت له من المعانى وهذا على المشهور من قول مالك وأما على رواية أبى الفرج عن أشهب انه ينوبه فى الخلية والبرية فلا فرق بينهما والله أعلم (مسئلة) وأما قوله فارقتك فان قال لم أرد طلاقا فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ذلك له و يحلف ووجه ذلك ان هذا اللفظ يستعمل كثيرا و يتردد فى المفارقة الى السفر والخروج والدخول وغير ذلك فجاز أن يحمل عليه اذا ادعاه ولذلك قال محمد بن المواز فيما يشبه هذا مالم يكن جوابا لسؤالها الطلاق (فرع) فأما ان قال أردت الطلاق بقولى فان شك فقد روى ابن المواز عن مالك انه ينوى فى المدخول بها فان لم تكن له نية فهى ثلاث وفى غير المدخول بها ان لم يكن له نية فهى واحدة رواه عيسى عن ابن القاسم وروى ابن المواز عن مالك أيضا انها ثلاث ان لم ينو شيأ وجه القول الأول ما احتج به مالك فى المدونة من قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وقوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ولا خلاف انه انما أراد المفارقة بالواحدة بهذا اللفظ بل لا يجوز أن يريد الثلاث لانها ليست من المفارقة بالمعروف ووجه القول الثانى أن لفظ المفارقة يقتضى البينونة قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ماجاءتهم البينة والرجعية لا تصح منها هذه الفرقة لانها لا تملك مفارقة الزوج (فرع) فاذا قلنا ينوى فى المدخول بها فانه ان لم ينو شيأ كانت ثلاثا وانما فرق بين الدخول و بين غيره ان لم ينو فجعلها واحدة فى غير المدخول بها وثلاثا فى المدخول بها لما تقدم من أن للدخول تأثيرا فى تغليظ الطلاق لما قلناه من أن معنى الفرقة يوجد فى غير المدخول بها بواحدة ولا يوجد فى المدخول بها الا الثلاث وقد روى أشهب فى سرحتك مثل هذا وانها واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وقال انه القياس (مسئلة) وأما قوله سرحتك فان قال لم أرد به الطلاق فقد روى ابن المواز انه يقبل منه و يحلف الا أن يكون ذلك جوابا لسؤالها الطلاق ووجه ذلك ماقدمناه فى فارقتك وان قال أردت الطلاق واحدة فقد روى عن أشهب انه قال له نيته و يحلف وقال هى واحدة حتى يريد أكثر من ذلك وهذا يقتضى تصديقه دون يمين وروى عنه انه قال هى ثلاث ولا ينوى وجه القول الأول انه لما كان اللفظ قد يستعمل فى الواحدة ومعناه يقتضى الثلاث فى المدخول بها قبل منه انه نوى ماقد يستعمل فيه واحلف انه لم يرد ما يقتضيه اللفظ ووجه القول الثانى انه لما كان اللفظ يستعمل فى الواحدة وفى الثلاث كان كلفظ الطلاق يقبل منه ماادعاه من ذلك ووجه القول الثالث ان معنى التسريح الطلاق ولذلك يقال سرحت الدابة اذا

أزلت عنها ما يمنعها الذهاب فكذلك فى الزوجة يقتضى انك أزلت عنها ما يمنعها التصرف على اختيارها و يقتضى ذلك أن لا يملك صرفها الى الزوجة وهذا المعنى معدوم فى الرجعية فحمل على الثلاث فان قيل هذا يلزمكم فى لفظ الطلاق فانه يفهم منه اطلاق الزوجة من حكم الزوجية وهذا لا يصح مع بقاء الرجعة فالجواب انا لا نسلم ان معنى التطليق يقتضى ذلك لأن لفظة الطلاق موضوعة لهذا المعنى وليست مأخوذة من الاطلاق ولا من الانطلاق وانما وضعت لهذا المعنى على وجه يحتمل عندنا الطلقة الواحدة وأكثر منها ولذلك لا يختلف انها صريح فى الطلاق عندنا على أحد الوجهين وعند أبى حنيفة انه لا صريح غيرها وقال أبو حنيفة انه ان نوى بها الثلاث لم تكن له الا واحدة بخلاف غيرها من ألفاظ الطلاق وعند أبى حنيفة والشافعى ان خلية و برية و بائنا وحراما من كنايات الطلاق وهذا يفيد انها منقولة الى الطلاق عما وضعت له فوجب أن يعتبر فيها المعنى الذى وضعت له من التحريم والبينونة والابراء والخلو وذلك كله يقتضى زوال الملك فلا يلزمنا ما ألزمتم (فرع) فاذا قلنا فى سرحتك انها واحدة ان نوى فان لم ينو شيأ فقد قال أشهب هى واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم انها فى المدخول بها ثلاث حتى ينوى أقل من ذلك فله نيته و يحلف وفى التى لم يبن بها واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وقاله مالك وجه قول أشهب أنه طلاق يصح أن يكون واحدة مع البتة فوجب أن تكون واحدة دون البتة أصل ذلك ما قبل الدخول ووجه قول ابن القاسم ما تقدم فى قوله فارقتك وقد روى عن ابن القاسم انه قال فى سرحتك بعض الضعف والقياس أن ذلك كله سواء هى واحدة فى ذلك كله حتى يريد أكثر (مسئلة) وأما قوله خليت سبيلك فقد روى ابن القاسم انه ان قال لم أرد طلاقا لم يقبل ذلك منه بخلاف فارقتك وخليتك فانه يقبل منه انه لم يرد طلاقا والفرق بينهما ان خليت سبيلك لا يكاد يستعمل الا فى الطلاق ولو كان قبله ما يقتضيه لوجب أن يقبل منه فان قال أردت الطلاق ولم أنو عددا فقد روى ابن وهب عن مالك هى واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك و به قال ابن عبد الحكم وقال ابن القاسم انها ثلاث و به أخذ أصبغ وابن المواز وجه رواية ابن وهب انه لفظ يستعمل فى الطلاق وليس منه ما يقتضى قطع العصمة فاقتضى طلقة واحدة كقوله طلقتك ووجه رواية ابن القاسم ان تخلية السبيل انما تستعمل على معنى اطراح العصمة وترك الامساك بشئ منها فاقتضى الثلاث اطلاقه كقولك حبلك على غاربك (فرع) فاذا قال أردت واحدة فيجيء على رواية ابن وهب انه يصدق دون يمين و يجيء على رواية ابن القاسم عن مالك له نيته و يحلف ووجهه ما تقدم

(فصل) وقوله انها ثلاث تطليقات كل واحدة منها لئلا يظن ظان ان الثلاث انما تقع لتكرر الألفاظ ولا يكون ذلك مقتضى كل لفظ منها فبين أن مقتضى كل لفظ ما ذكره ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أن رجلا كانت تحته وليدة لقوم فقال لأهلها شأنكم بها فرأى الناس انها تطليقة واحدة * ش قوله انه قال لأهلها شأنكم بها يريد انه قال ذلك على وجه المغاضبة أو طلب الطلاق منه أو ما يقتضى أن يفهم منه الطلاق وأما لو تقدمت قبل ذلك رغبتهم اليه فى أن تبيت عندهم أو تسافر معهم فقال لهم شأنكم بها وقال لم أرد بذلك الا الاباحة ما سألتمونى لم يكن عليه شئ قال أشهب وأما اذا قال ذلك على ما قدمناه وقال لم أرد طلاقا لم يقبل منه لان هذا من الألفاظ التى جرت العادة باستعمالها فى الطلاق فاذا وقع على وجه يفهم منه ذلك حمل عليه (مسئلة) وان قال نويت الطلاق فقد روى ابن القاسم عن مالك انها واحدة الا أن يريد أكثر من ذلك فى غير المدخول بها فانها

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم ابن محمد أن رجلا كانت تحته وليدة لقوم فقال لأهلها شأنكم بها فرأى الناس انها تطليقة واحدة

ثلاث ولا نية له كما لو قال وهبتكم اياها وقال ابن حبيب انه حمل حديث القاسم على غير المدخول بها ولذلك رأى أهل العلم أنها تطليقة وفى المدنية أن مالكا قال لا يعجبنى ذلك يريد حديث القاسم قال مالك وأراها التى قد دخل بها وان لم يدخل بها فهو بين انه ليست الا واحدة اذا لم تكن له نية وقال ابن حبيب وأصبغ هى ثلاث بنى بها أولم يبن بها الا أن ينوى واحدة كالموهوبة ورواه أشهب وابن وهب عن مالك ووجه ذلك على ما تقدم (فرق) وفرق أشهب بين أن يقول لأهلها شأنكم بها وبين أن يقول لها شأنك بأهلك فاذا قال لأهلها شأنكم بها فانه لا ينوى واذا قال لها شأنك بأهلك نوى وروى عيسى عن ابن القاسم ان ذلك سواء ينوى فى التى لم يبن بها ولا ينوى فى المدخول بها * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله ويجب عندى أن يدخل فى هذه المسئلة من الخلاف مثل ما تقدم فى خليت سبيلك وقوله خليت سبيلك يجب أن يكون أشد وكذلك حكم الحق بأهلك يجب أن يجرى على هذا وقد روى عن مالك انه قال ينوى فى الحق بأهلك ويحلف وأما اذا قال لها أنت رد على أهلك أو وهبتك لأهلك أو وهبتك لأبيك ففى المدنية من رواية عبد الرحمن بن دينار عن محمد بن يحيى النسائى عن مالك انها ثلاث فى المدخول بها وواحدة فى التى لم يدخل بها قال ابن كنانة قبلها أبوها أولم يقبلها ووجه ذلك ان الطلاق من قبل الزوج فاذا وجد منه لفظ يقتضى الطلاق وليس فيه استثناء مشيئة لأب لم يراع فى ذلك مشيئة الأب ص ﴿ مالك انه سمع ابن شهاب يقول فى الرجل يقول لامرأته برئت منى وبرئت منك انها ثلاث تطليقات بمنزلة البتة ﴾ ش قوله فى الرجل يقول لامرأته برئت منى وبرئت منك انها ثلاث تطليقات (مسئلتان * احداهما) أن لفظ البراءة يقتضى الثلاث لانه يقع براءتهما من الزوجية وقد تقدم ذكره * والثانية أن اضافة الطلاق الى الزوج أو الى الزوجة سواء فاذا قال لها برئت منى وبرئت منك فهو سواء وكذلك لو قال لها أنت منى بائن أو أنت حرام أو أنا عليك حرام وكذلك لو قال لها أنا منك طالق أو أنت منى طالق سواء أضاف الطلاق الى الزوج أو الى الزوجة وقال أبو حنيفة ان اضافة الطلاق الى الزوج بلفظ الطلاق لا يقع به الطلاق وذلك اذا قال لها أنا منك طالق والدليل على ما نقوله انها جهة لو أضاف اليها الطلاق بلفظ البينونة ثبت حكمه كجهة الزوجة ص ﴿ قال مالك فى الرجل يقول لامرأته أنت خلية أو برية أو بائنة انها ثلاث تطليقات للمرأة التى قد دخل بها ويدين فى التى لم يدخل بها أواحدة أراد أم ثلاثا فان قال واحدة أحلف على ذلك وكان خاطبا من الخطاب لانه لا يخلى المرأة التى قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبرئها الا ثلاث تطليقات والتى لم يدخل بها يخليها ويبرئها وتبينها الواحدة * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت فى ذلك ﴾ ش قد مضى الكلام فى الخلية والبرية وحكم البائن حكم الخلية والبرية وقد قال مالك انها ثلاث فى التى دخل بها ولا يدين وذلك انه ان أراد واحدة لم يقبل منه وانما يدين ويقبل قوله فى التى لم يدخل بها فان قال أردت واحدة أو اثنتين قبل ذلك منه وان حلف انه أراد بقوله أنت بائن لادعاء من ذلك وكان خاطبا من الخطاب وفى ذلك اشارة الى انه انما يحلف اذا أراد النكاح ولو حلف عند طلاقه لم يقل فيه خاطب من الخطاب وانما يقال فيه انه رجل أجنبى وقد تقدم من قول ابن الماجشون وسحنون انه عند ارادته النكاح

(فصل) وقوله لانه لا يخلى المرأة التى قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبرئها الا ثلاث تطليقات والتى لم يدخل بها يخليها ويبرئها ويبينها الواحدة يقتضى قوله هذا أن المراد بقوله البينونة والاخلاء أن لا يكون له عليها رجعة سواء كان ذلك ثلاثا أو واحدة ويحتمل أن يريد به قطع العصمة بالنية ولما

* وحدثنى عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول فى الرجل يقول لامرأته برئت منى وبرئت منك انها ثلاث تطليقات بمنزلة البتة * قال مالك فى الرجل يقول لامرأته أنت خلية أو برية أو بائنة انها ثلاث تطليقات للمرأة التى قد دخل بها ويدين فى التى لم يدخل بها أواحدة أراد أم ثلاثا فان قال واحدة أحلف على ذلك وكان خاطبا من الخطاب لانه لا يخلى المرأة التى قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبريها الا ثلاث تطليقات والتى لم يدخل بها تخليها وتبريها وتبينها الواحدة قال مالك وهذا أحسن ما سمعت فى ذلك

كان عدم الرجعة لا يصح فى المدخول بها بدون الثلاث حمل على الثلاث ولم يحمل قوله على واحدة وان ادعاها لان لفظه لا يصح استعماله فى الواحدة فى حق المدخول بها وأما غير المدخول بها فانه يحتمل أن يريد به قطع العصمة وذلك لا يكون الا بالثلاث ويحتمل أن يريد به طلاقا لا تتعقبه رجعة وان لم يقطع العصمة لكنه لما كان أظهر من جهة اللفظ فى قطع العصمة حمل عليه ان لم يكن له نية فان ادّعى نية استحلف على انه أراد ما يستعمل فيه هذا اللفظ وان كان فى غيره أظهر والله أعلم ويجب على هذا انه اذا قال فى الخلع طلقتك بائنة أنه يقبل منه انه أراد واحدة فى المدخول بها ويستحلف على ذلك ان أراد ابتداء نكاحها لان امتناع الرجعة يوجد فى طلقة (مسئلة) فهذا مقتضى قول مالك فى البائن والخلية والبرية والبائن فى كلام العرب يستعمل بمعنى البعيد فيقال بان فلان من ذلك ويستعمل بمعنى الابانة بالقطع يقال ضربه فابان يده اذا قطعها فلم يبق شيأ منها وعلى أى الوجهين حملنا البينونة فى الطلاق اقتضى ذلك ابطال الرجعة والمنع من ابتداء النكاح وذلك ان بعدها عنه لا يريد به تقارب أجسامهما وانما يريد به بعدها عن عصمته وزوجيته فهو أظهر فى انقطاع العصمة وان كان يحتمل أن يريد به بعدها عما كانت عليه وذلك لا يكون الا بأن لا تكون له عليها رجعة فهى قريب مما كانت عليه وان قلنا ان معناه القطع فانه أيضا لا يوجد هذا المعنى الا بانقطاع الرجعة أو بانقطاع العصمة وأما الرجعية فان الاتصال بينهما موجود فاذا أبانها ثم ادعى الرجعية لم يكن له ذلك (مسئلة) وأما من نوى الطلاق ولم يلفظ بشئ جملة فلا يخلو أن يقترن به كتابة أو اشارة أو لا يقترن به شئ فان اقترنت به كتابة وذلك أن ينوى ايقاع الطلاق بكتابة فانها طالق بذلك وقال عطاء ومن كتب الطلاق ولم يلفظ بشئ فليس بطلاق والدليل على صحة ما نقوله ان الكلام هو المعنى القائم بالنفس واظهاره بالكتابة كاظهاره بالنطق كلفظه بالتوحيد يكتبه من لا يقدر على الكلام فانه يقضى له به (فرع) واذا كتب الطلاق على غير عزم فله تركه ما لم يخرجه عن يده أو شهد عليه فان أخرجه عن يده على وجه الارسال به الى الزوجة فهو انفاذ له كالاشهاد به وسواء كتب أنت طالق أو اذا جاءك كتابى فانت طالق قاله مالك (فرع) فاذا كتب ولم يشهد به ولم يخرجه عن يده فان له رده ويحلف انه ما أراد انفاذ الطلاق ووجه ذلك انه يكتبه على وجه الارتياب فيه أو على وجه التهديد فيحلف لما احتمل انه لم يكتبه الا على وجه الطلاق (مسئلة) وان نوى الطلاق وأشار به لزمه الطلاق (فرق) ولا فرق بين اظهاره بالكتابة أو اظهاره بالنطق سواء أشار بيده أو رأسه قال مالك واحتج فى ذلك بقوله تعالى أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا ولان طلاق الأخرس انما يكون بالاشارة ووجه آخر وهو ان الاشارة عبارة عما نواه منه كالنطق (مسئلة) فان لم يقترن به كتابة ولا اشارة ففى كتاب ابن المواز عن مالك من طلق ثلاثا على ذلك فلا شئ عليه وروى أشهب عن مالك فى العتبية يلزمه ذلك قال ابن عبد الحكم وليس بشئ وجه الرواية الاولى ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال وانما لامرئ ما نوى وهذا قد نوى الطلاق فوجب أن يكون له ووجه ثان وهو ان ألفاظ الطلاق اذا لم يرد بها طلاقا لا يكون طلاقا وانما يوقع عليه الطلاق لانا لا نعلم صدقه فى انه لم يرد الطلاق فنحمله على مقتضى لفظه وقد أجمعنا على انه اذا أرادها الطلاق وقع بها الطلاق فدل ذلك على ان الاعتبار بالنية دون اللفظ ووجه الرواية الثانية ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تجاوز لأمتى عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل به ومن جهة المعنى ان النية بمجردها لا تقوم مقام القول والعمل وان افتقر القول والعمل الى نية كالصلاة وتكبيرة الاحرام والقراءة

وغير ذلك من الأقوال والأفعال والعبادات (مسئلة) ومن قال لامرأته كلى واشربى من الألفاظ التى لا تستعمل فى الطلاق حقيقة ولا مجازا فقد قال مالك يلزمه الطلاق وقال أبو حنيفة والشافعى لا يلزمه طلاق وقال بعض أصحابنا ان هذا مبنى على ان مجرد النية يقع به الطلاق ومذهب ابن القاسم يقتضى انه لا يقع الطلاق فى هذه المسئلة بمجرد النية وانما يقع بما قارن النية من اللفظ ولذلك روى عن مالك فيمن أراد أن يقول أنت طالق فقال كلى أو اشربى انه لا يلزمه شئ وان كان قد وجدت النية ومعنى هذه المسئلة انه قد وجد منه لفظ قصد به الى ايقاع الطلاق فلزمه الطلاق أصل ذلك اذا تلفظ بكنايات الطلاق

﴿ ما يبين من التمليك ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان رجلا جاء الى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن انى جعلت أمر امرأتى فى يدها فطلقت نفسها فماذا ترى فقال عبد الله بن عمر أراه كما قالت فقال الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن فقال ابن عمر أنا أفعل أنت الذى فعلته ﴾ ش التمليك المذكور هو أن يملك الرجل امرأته أن تطلق نفسها وذلك بأن يقول لها قد ملكتك أمرك أو يقول لها أمرك بيدك وفى كتاب ابن المواز وكذلك قوله قد ملكتك وان لم يقل أمرك ولا نفسك وكذلك قوله طلاقك اليك أو بيدك قال ابن القاسم أو قال لها أمرك بيدك ان شئت أو أنت طالق اذا شئت فهذا كله تمليك محض ويشبه أن يكون هذا السائل الذى سأل ابن عمر رضى الله عنه قال لامرأته أمرك بيدك لان ذلك مقتضى قوله جعلت أمر امرأتى فى يدها

(فصل) وقوله فطلقت نفسها يقتضى انها جاوبته تقول طلقت نفسى الا ان المشهور من المذهب ان المرأة تسئل عما أرادت بقولها طلقت نفسى وقد روى عن ابن القاسم لا تسئل وهى واحدة فى التمليك قال محمد وهو أحب الى وجه القول الاول انها تسئل لئلا تدعى أكثر من واحدة فتنكر أو تمضى ووجه القول الثانى أنها ان ادعت أكثر من واحدة لم يقبل قولها لان اللفظ كثيرا ما يستعمل فى الطلقة الواحدة فاذا أطلقت هذا اللفظ الذى يستعمل غالبا فى الواحدة لم تقبل دعواها انها أرادت أكثر من واحدة لان ذلك استئناف دعوى منها كما لو قالت طلقت نفسى واحدة ثم قالت أردت أكثر من ذلك أو أزيد الآن على ذلك (فرع) وهكذا كل لفظ لا يستدل به على الثلاث لانه يحتمل غيره فان المرأة تسئل عما أرادت بذلك قاله ابن القاسم وقد تقدم الخلاف فى ذلك بما يغنى عن اعادته وقد روى ابن حبيب عن ابن القاسم فى المملكة تقول قد طلقتك هى واحدة الا أن تريد المرأة أكثر من ذلك كقول الرجل لها ذلك فثبت القولان لابن القاسم والله أعلم (مسئلة) وأما ان قالت قبلت نفسى أو اخترت نفسى أو طلقت نفسى ثلاثا أو بنت منك أو حرمت عليك أو برئت منك فانه محمول على الثلاث ولا تسئل المرأة عما أرادت بذلك لانها لو قالت أردت أقل من ثلاثة فى المدخول بها لم تصدق فيه رواه ابن القاسم عن مالك وهذا فى اللفظ الذى لا يحتمل الا الطلاق وكذلك قولها أنا منك خلية أو برية أو بائن وأنا عليك حرام وهذه الألفاظ كلها قد تقدم القول فيها فأما قبلت نفسى وحملها على الثلاث فانه حمل ذلك على أن قبولها لنفسها قبولها لملك نفسها وذلك لا يكون الا بواحدة قبل البناء أو بثلاث بعد البناء فلذلك حمل من قولها على الثلاث فلم تصدق بعد البناء على أنها أرادت به واحدة وقد روى ابن المواز عن أشهب ان لها تفسير ذلك بالواحدة بمنزلة قبلت أمرى ولا يراه طلاقا

﴿ ما يبين من التمليك ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك أنه بلغه أن رجلا جاء الى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن انى جعلت أمر امرأتى فى يدها فطلقت نفسها فماذا ترى فقال عبد الله بن عمر أراه كما قالت فقال الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن فقال ابن عمر أنا أفعل انت الذى فعلته

حتى توقف ولم يره مثل أخذت نفسى (مسئلة) وهذا اذا لم يكن ملكها على عوض فان ملكها على عوض أعطته اياه ففى المبسوط من قول مالك ان قالت له برئت منك انها واحدة لانه خلع وهى مثل التى لم يبن بها فان أراد أن ينكحها نكاحا جديدا أحلف بالله ماولیتها من أمرها الا واحدة وانما معنى ذلك انه ملكها بلفظ محتمل ونا كرها فتكون بائنة لاجل العوض (مسئلة) فان قالت خليت سبيلك ففى كتاب ابن حبيب عن ابن القاسم ان قولها له قد خليت سبيلك أو فارقتك كقوله ذلك لها لان ابتداء ذلك منه يحمل على طلاق السنة وهى واحدة حتى يريد أكثر من ذلك وأما هى فملكة فكانت اجابتها عن الفراق فهو على البتات حتى يريد واحدة والخلاف بينهما فى الأصل وذلك ان ابن القاسم يرى فى الزوج يقول لزوجته خليت سبيلك هى ثلاث حتى ينوى أقل من ذلك فعلى هذا لافرق بين أن يقول ذلك الزوج لها أو تقوله الزوجة للزوج وقول أصبغ مبنى على رواية ابن وهب عن مالك ان قول الزوج للزوجة خليت سبيلك واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك فلذلك أمكن أن يفرق بين قول الزوج والزوجة وانما فرق بينهما مع هذا الأصل بان الزوج ملك الطلاق بالشرع فكان له أن يوقع منه ماشاء بل هو مامور أن يفرقه واللفظ لايخالف ذلك فلذلك قبل منه أردت واحدة وأما المرأة فان الزوج ملكها ولم يستثن قليلا من كثير فكان الظاهر انه ملكها جميع الطلاق ولذلك يستحلف ان نا كر فلما جاوبته بالفرقة كان مقتضى ذلك ايقاع جميع ماملكها اياه (مسئلة) فأما ان كان لفظ يحتمل الطلاق وغيره مثل أن تقول قبلت أمرى فان قالت أردت به قبلت ماجعل لى من التمليك أو الخيار قبل ذلك منها ثم قيل لها طلقى بعد ذلك أو ردى وان قالت أردت بقولى قبلت أمرى الطلاق سئلت ما أرادت من الطلاق فيحتاج فى هذا الى سؤالين لما كان اللفظ محتملا للطلاق وغيره ثم تسئل مرة أخرى عن قدر ما أرادت من الطلاق لان ماتلفظت به يحتمل من الطلاق الواحدة أو أكثر (مسئلة) فان قالت قد قبلت لم تزد على ذلك ثم قالت بعد الافتراق من المجلس لم أرد الآن أنظر وأستخير كان لها أن تقضى الآن بواحدة فتلزمه أو بأكثر من ذلك فيكون لها المنا كرة لان لفظ قبلت محتمل (فرع) فان قالت بعد الافتراق لم أرد شيأ لم يقبل (مسئلة) وسواء أضافت الطلاق اليها أو اليه فقالت طلقت نفسى أو طلقتك أو أبنت نفسى أو أبنتك لان اضافة الطلاق الى جهة الزوج كاضافته الى جهة الزوجة كما لو أوقعه الزوج (فصل) وقول ابن عمر رضى الله عنه أراه كما قالت يريد أن ماقالت يلزمه على حسب ما أورده هو لكن ذكر أنه جعل أمر امرأته بيدها وهذا تمليك محض ثم ذكر انها طلقت نفسها وهذا أقل ما يلزمه به طلقة واحدة ولعل السائل والمسؤل قد جرى منهما مافهم به هذا المعنى وقال الشافعى التخيير والتمليك بهذا اللفظ دون لفظ الطلاق وليس بشئ الا أن ينوى به الزوج الطلاق فيكون مانوى منه وان لم يرد به الطلاق وقالت هى قبلت نفسى أو اخترت نفسى فليس بشئ وهذا القول لم يتقدمه فيه سلف وهو مبنى على قوله أن قول الزوج قد ملكتك أمرك وأمرك بيدك من كنايات الطلاق وكذلك قولها قبلت نفسى من كناياته من جهتها فاذا قالا جميعا أردنا به الطلاق وقع الطلاق وان قال أحدهما لم أرد بقولى طلاقا فليس بطلاق وان قال الآخر أردت الطلاق وقد مضى الكلام على كنايات الطلاق بمايغنى عن اعادته (مسئلة) وهذا اذا كانت المملكة ثيبا محجورا عليها أو غير محجور عليها لان الحجر لاتأثير له فى الطلاق ولذلك ينفذ طلاق السفيه المحجور عليه وكذلك اذا كانت بكرا بالغا لان البكر البالغ يلزمه طلاقها وأما الصغيرة ففى الموازية قال أشهب وعبد الملك

فى الصغيرة تخير فتختار نفسها ذلك لها وقال ذلك لها اذا بلغت فى حالها قال ابن القاسم يريد بلغت حد الوطء وروى عيسى عن ابن القاسم اذا بلغت مبلغا تعرف ما ملكت أو يوطأ مثلها فذلك لازم وقال عبد الملك فى المجموعة عن المغمورة يخيرها زوجها وهى مفيقة فتختار نفسها وهى مغمورة ان قضاءها غير جائز ولو خيرها مغمورة فاختارت نفسها جاز قضاؤها وكذلك لو ملك صبيا أمر امرأته جاز ما قضى به عليه ان كان يعقل ما جعل اليه وما يجيب به قال ابن سحنون عن أبيه وكذلك اذا جعل أمرها بيد امرأة أو ذمى

(فصل) وقول الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن على سبيل الكراهية لما أفتاه به والحرص على أن يعيد نظره له لعله يخالف ما قدر آه فقال عبد الله بن عمر أنا فعلته أنت فعلته يريد بذلك لا صنع لى فى ذلك وانما قولك وعملك أدى الى ما أفتيتك به لان الفتوى انما هى بحسب سؤال السائل وما يقوم له من القول والعمل ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول اذا ملك الرجل امرأته أمرها فالقضاء ما قضت الا أن ينكر عليها فيقول لم أرد الا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملك بها ما كانت فى عدتها ﴾ ش قوله رضى الله عنه اذا ملك الرجل امرأته أمرها فالقضاء ما قضت لا يخلو أن تكون المرأة مكلفة أو غير مكلفة فان كانت مكلفة لزمه ما قضت به وان كانت غير مكلفة فلا يخلو أن تعقل التمليك أو لا تعقله فان عقلته ففى الموازية عن مالك فى الذى يخير زوجته قبل أن تبلغ وقبل البناء فاختارت نفسها فهو طلاق قال ابن القاسم يريد اذا بلغت حد الوطء. وروى عيسى عن ابن القاسم اذا بلغت مبلغا تعرف ما ملكت قال عبد الملك وسحنون وكذلك لو جعل أمرها بيد صبى (مسئلة) ومن خير امرأته وهى مغمورة جاز قضاؤها عليه لأنه رضى بذلك لنفسه ولو كانت مفيقة ثم أصابها ذلك لم يلزمه قضاؤها قاله عبد الملك فى المجموعة ووجه ذلك أنه انما رضى قضاءها على ما علم من حالها وعقلها فاما ذهب ذلك لم يلزمه ما قضت على غير تلك الصفة

(فصل) وقوله القضاء ما قضت به يريد أن لفظ التمليك يقتضى ذلك لأن ظاهره تمليك نفسها وذلك لا يكون الا بالطلاق فقد فهم من هذا اللفظ وضع الطلاق بيدها كما لو وكل أجنبيا على طلاقها واذا كان ذلك المعلوم من لفظ التمليك وجب أن يثبت حكمه كما لو تلفظ فى ذلك بلفظ الطلاق لأن هذه العبارة موضوعة لتتفاهم بها المعانى فاذا كان اللفظ يفهم من تمليك الطلاق ما يفهم منه اذا ورد بلفظ الطلاق وجب أن يكون حكمه فى الحالين سواء فلا يقبل منه انى لم أرد تمليك الطلاق كما لا يقبل ذلك منه اذا تلفظ بالطلاق ولأن العجمى يمكن أن يعبر عن ذلك بلسانه وان لم يكن فيه لفظ طلاق ويلزمه حكمه فى التمليك والطلاق المبتدأ وكذلك الأخرس يفهم عنه هذا بالاشارة وتساوى ذلك بلفظه به كسائر الاحكام من الندب وغيره قال ابن المواز وأخذ مالك بقول عمر ان القضاء ما قضت الا ان تناكر وهذا يقتضى أيضا انها ان ردت التمليك أنه لا يقع به طلاق لأنها قضت بالبقاء على الزوجية وقد روى ابن المواز أن مذهب ربيعة فى التمليك هى واحدة قبلت أو ردت قال مالك وما أدرى من أين أخذه وقد اختار أزواج النبى صلى الله عليه وسلم المقام فلم يكن ذلك فراقا ووجه ذلك من جهة المعنى أن من وكل على الطلاق فلم يوقعه الوكيل لم يلزمه الطلاق فكذلك هذا

(فصل) وقوله رضى الله عنه الا ان ينكر عليها الزوج فيقول لم أرد الا واحدة وذلك أنه لا يخلو التمليك أن ينوى به واحدة أو أكثر من ذلك أو لا ينوى شيأ فان نوى واحدة أو اثنتين فقضت بنواه لزم ذلك ولم يلزم أكثر من ذلك لأنه قد ملكها طلقة واحدة وأوقعتها فلزمها ذلك ولم يلزمها أكثر من ذلك

* وحدثنى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول اذا ملك الرجل امرأته أمرها فالقضاء ما قضت به الا أن ينكر عليها فيقول لم أرد الا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملك بها ما كانت فى عدتها

لأنه لم يوجد منه تمليك لما زاد ولا منها رضى بذلك ولا ايقاع له (مسئلة) ويكون له الرجعة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يقع طلقة واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثا فيكون ثلاثا والدليل على مانقوله أن هذه جهة لوقوع الطلاق فكانت واحدة رجعية كجهة الزوج (مسئلة) فان أوقعت ثلاثا وهو قد نوى واحدة لزمته واحدة ولم يلزمه أكثر منها وبهذا أخذ مالك وهو قول عبد الله ابن عمر لأن له أن يناكرها وروى عن علي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب رضي الله عنهما أن الامر على ما قضت ولا ينفعه المناكرة والدليل على صحة ماقلنا أن الطلاق انما صار بيدها بجعله ذلك اليها وتفويضه والذي جعل اليها طلقة واحدة ومابعد ذلك من الطلاق لم يجعله اليها فلم يكن لها ايقاعه كالواحدة قبل أن يجعل ذلك اليها (مسئلة) وان ملكها ثلاثا صرح بها فاوقعت واحدة فلا يلزمه شئ في رواية ابن القاسم وقال الشافعي يلزمه الطلقة وهي رواية مطرف عن مالك قال مالك ولو قال لها قد ملكتك البتة فأوقعت واحدة لم يكن ذلك شيأ لأن البتة لا تنقسم والثلاثة تنقسم من ثمانية أبي زيد وجه الرواية الاولى ان ماجعله اليها وقصرت عنه لم يلزمه ذلك فاذا ألزمناه الواحدة لم يكن في ذلك موافقة لما جعل اليها لان الثلاث لم توقعها الزوجة فلم تقع والواحدة لم يجعلها الزوج اليها فاذا أثبتنا حكم ما أوقعت وهي الواحدة أثبتنا مايخالف ماجعله الزوج اليها واذا جعل اليها واحدة وطلقت نفسها ثلاثا فقد وافقته في الواحدة ومازادت على ذلك مما لم يجعله اليها يبطل ويثبت ماجعله اليها فتوجد الموافقة لما جعله اليها والله أعلم (مسئلة) وأما ان لم يصرح بالثلاث وانما قال لها أمرك بيدك فطلقت نفسها واحدة فقال لم أرد الا التمليك في الثلاث فانه لا يقبل منه وتقع طلقة رجعية ويكون أملك بما قاله ووجه ذلك أن التمليك منه قد وجد وهو يحتمل الواحدة ولذلك لو طلقت نفسها ثلاثا وادعى واحدة لكانت واحدة فاذا أوقعتها الزوجة فقال لم أرد الا ثلاثا لم يقبل منه وكان ذلك منه على وجه الندم والله أعلم (مسئلة) ومن قال لامرأته أمرك بيدك فقالت قبلت ثم قال أردت بالتمليك البتة وقالت هي أردت واحدة ففي المبسوط عن مالك هي ثلاث الا أن تقول قبلت واحدة ومعنى ذلك والله أعلم انه لما فسر قوله بالثلاث وقالت هي قبلت وكان ظاهر ذلك قبولها ماجعل اليها لزمه ما أقر انه جعل اليها فعله ولم ينفعها تفسير ما نوته بالواحدة وهي تحتمل الثلاث مع مطابقتها لما جعله بيدها

(فصل) وقوله رضي الله عنه ويقول لم أرد الا واحدة يعني أن مناكرته لها أن يقول لم أرد الا واحدة فهذا يحلف على قوله انه لم يرد الا واحدة قال محمد يحلف مكانه لان له الرجعة مكانه فان لم يكن بها فلا تلزمه اليمين لانها قد بانت منه فاذا أراد نكاحها حلف على مانوى ولا يحلف قبل ذلك اذ لعله لا يتزوجها وهذا الذي قاله محمد عندي انما هو لحكمه الآن بان طلاق التمليك رجعي * قال القاضي أبو الوليد والاظهر عندي اذا أراد أن يرتجعها وأما ان لم يرد أن يرتجعها فيجب أيضا أن لا يلزمه بتعجيل اليمين اذ لعله لا يرتجعها (مسئلة) فان أبى أن يحلف ففي المبسوط عن القاضي أبي اسحق في الذي يناكر اذا أبى أن يحلف ألزم الثلاث على الاصل قال ومعناه أنه قد ملك فهو على أصل الطلاق الا أن يقول أردت بعضه ويحلف فهذا على قول محمد بن المواز فعلى هذا القول يؤمر في العدة باليمين فان أبى قضى عليه بالثلاث وبعد العدة لا يعرض له حتى يريد النكاح فاذا أراد ذلك استحلف فان حلف والا قضى عليه بالثلاث وكان الاظهر عندي تأخير اليمين عنه الى أن يريد الرجعة في العدة أو النكاح بعد العدة لان اليمين انما هي لاستباحة المراجعة فاذا أراد أن يرتجع أمرها لاستباحة الرجعة

فان لم يحلف منع المراجعة وكان حكمه بعد ذلك حكمه قبل اليمين ولو اقتضى نكوله الحكم عليه بالثلاث لوجب أن يكون ذلك عند المناكرة والمنع لها من ايقاع ما أوقعته لان ذلك وقت التخاصم فيه وابطال ما ادعته واثباته والله أعلم وأحكم

﴿ ما يجب فيه تطليقة واحدة من التمليك ﴾

ص ﴿ مالك عن سعيد بن سليمان بن زيد بن ثابت عن خارجة بن زيد بن ثابت انه أخبره انه كان جالسا عند زيد بن ثابت فأتاه محمد بن أبي عتيق وعيناه تدمعان فقال له زيد ما شأنك فقال ملكت امرأتي أمرها ففارقتني فقال له زيد وما حملك على ذلك قال القدر فقال زيد ارتجعها ان شئت فانما هي واحدة وأنت أملك بها ﴾ ش قوله ان محمد بن عتيق أتى زيد بن ثابت وعيناه تدمعان يقتضي بما بعده فرط ندمه وتأسفه على فراق امرأته وذلك يقتضي اعتقاده انه لا رجعة له عليها امالانه ظن انها واحدة بائنة أو انها ثلاث ولو اعتقد ان له عليها الرجعة لراجعها ولم يحتج الى ذلك لما فعل بعد أمره به زيد بن ثابت وأرشده اليه فقال له زيد بن ثابت ما شأنك لما رأى به من البكاء والندم فأخبره انه ملك امرأته ففارقته وان ذلك الموجب لما رأى له من البكاء والجزع فقال زيد ما حملك على هذا يحتمل انه أراد به توبيخه على ما فعله وتهديده فيه حتى لا يأتيه مرة أخرى ويحتمل أن يكون أراد سؤاله عن سبب هذا لئلا يكون الحكم يختلف باختلاف سببه وان كان ملكها بعوض أو بغير عوض فلما قال القدر ولم يكن ثم سبب يظهره أجابه عن مسئلته

(فصل) وقول زيد ارتجعها ان شئت فانما هي واحدة وأنت أملك بها روى ابن المواز عن أشهب قال مالك لا آخذ بحديث زيد في التمليك ولكني أرى اذا ملك امرأته ان القضاء ما قضت الا أن ينكر عليها فيحلف كما قال ابن عمر ويحتمل قول مالك هذا أن يعلم أن يكون علم مذهب زيد انها لا تكون الا واحدة وان أوقعت أكثر من ذلك على كل حال ويحتمل أيضا أن يكون مالك قال يريد بذلك اني لا أقول بظاهر اللفظ على الاطلاق لقوله ففارقتني والفراق عند مالك في بعض الروايات عنه يقتضي أكثر من الواحدة والحديث يحتمل أن يكون ذكر فراقا على غير لفظ الفراق وانها فارقته بطلقة واحدة ويحتمل أن يكون ملكها طلقة واحدة بتصريح فلا يلزمه ما زادت ولا يلزمه في ذلك يمين فلذلك قال له ارتجعها فيكون ذلك موافقا لقول مالك لان اليمين انما يحتاج اليها اذا كان لفظه محتملا وأوقعت المملكة أكثر من طلقة وانما كان جزع ابن أبي عتيق على هذا التأويل فرقا من أن تكون واحدة بائنة وعلم من مخالفته اله انها اذا ملكت نفسها لم تعد اليه ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن ابن القاسم عن أبيه ان رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقالت أنت الطلاق فسكت ثم قالت أنت الطلاق فقال بفيك الحجر ثم قالت أنت الطلاق فقال بفيك الحجر فاختصما الى مروان ابن الحكم فاستحلفه ما ملكها الا واحدة وردها اليه * قال مالك قال عبد الرحمن فكان القاسم يعجبه هذا القضاء ويراه أحسن ما سمع في ذلك * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك وأحبه الي ﴾ ش قوله ان رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقالت أنت الطلاق يقتضي ايقاعها الطلاق باثر تمليكه اياها الطلاق ولو أخرت قبول التمليك بالقول فلا يخلو أن يوجد منها فعل يدل على الفراق أو لا يوجد منها قول ولا فعل فان وجد منها في المجلس فعل يدل على الفراق مثل أن تخمر رأسها أو تأمر بنقل رحلها الى عند أبويها ففي المبسوط من رواية ابن المعذل عن ابن الماجشون ان فعلت من ذلك ما يبين

﴿ ما يجب فيه تطليقة واحدة من التمليك ﴾ * حدثني يحيي عن مالك عن سعيد بن سليمان بن زيد بن ثابت عن خارجة ابن زيد بن ثابت أنه أخبره انه كان جالسا عند زيد بن ثابت فأتاه محمد بن أبي عتيق وعيناه تدمعان فقال له زيد ما شأنك فقال ملكت امرأتي أمرها ففارقتني فقال له زيد وما حملك على ذلك قال القدر فقال زيد ارتجعها ان شئت فانما هي واحدة وأنت أملك بها * وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقالت أنت الطلاق فسكت ثم قالت أنت الطلاق فقال بفيك الحجر ثم قالت أنت الطلاق فقال بفيك الحجر فاختصما الى مروان بن الحكم فاستحلفه ما ملكها الا واحدة وردها اليه قال مالك قال عبد الرحمن فكان القاسم يعجبه هذا القضاء ويراه أحسن ما سمع في ذلك قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك وأحبه الي

ولا يجهل فكانما تكلمت بالقبول ووجه ذلك ان ظاهر هذا الفعل القبول للتمليك اثر الطلاق
وأقل ما يحمل عليه القبول للتمليك قال عبد الملك فان قالت بعد ذلك أردت البتة ألا ترى انى قد
خمرت رأسي وفعلت ما تفعله المحرمة فان له أن ينا كرها و يحلف انه ما ملكها الا واحدة وفى المجموعة
عن ابن القاسم لا ينوى الزوج ووجه ذلك أن ظاهر فعلها البينونة فترك الانكار عليها فى المجلس
يقتضى الرضا بالثلاث وقيل عليه أن يحلف يمينا أخرى لانه لم يظن ان انتقالها أو ما فعلت يكون طلاقا
بائنا و يقتضى قول ابن الماجشون وسحنون وأصبغ ان ذلك يلزمه مع يمينه انه لم يملك الا واحدة وقال
ابن المواز يمين واحدة تجزئه لجميع ذلك فيها وهذا ليس بخلاف فى الظاهر (فرع) فان فعلت
هذا من تخمير الرأس ونقل الثياب ثم قالت لم أرد به طلاقا ففى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن
عن أبى وهب ان لم تكن اختارت فلا شئ لها (مسئلة) فان لم تفعل شيأ أو فعلت ما لا يستدل به على
الطلاق كالأكل والشرب ففى كتاب محمد اذا لم تفعل ما يستدل به على الفراق ثم قالت أردت الفراق
ونوته فى المجلس لم يقبل قولها وقد اختلف فيه قول مالك فقوله القديم انما لها ذلك ما داما فى مجلسهما
فاذا قاما من مجلسهما قبل أن تقضى شيأ بعد بطل التمليك ثم رجع عن ذلك وقال لها ذلك ولا يزيل
التمليك عنها الا أن يمكن من الاستمتاع أو يوقفها السلطان فتطلق أو ترد قال ابن القاسم وقوله الأول
أحب الى وجه القول الأول اما أن يكون توكيلا فله الرجوع عنه متى شاء لان عقد التوكيل غير
لازم فله الرجوع عنه متى شاء وان كان هبة فهو عقد لازم فليس له الرجوع عنه ما داما فى المجلس
لانه وقت للقبول ومتى قاما من المجلس فقد تركت القبول فبطل ما كان لها من ذلك وهذا أشبه لانه
لو كان حكمه حكم التوكيل لوجب أن يبطله بأثر التمليك ولا خلاف نعلمه بين الفقهاء انه ليس له ذلك
بأثر تمليكه وانما اختلف الفقهاء فى جواز رجوعه عن ذلك بعد وقت يمكنها فيه القبول ولم يظهر
القبول ونحن انما نقول له ذلك ما لم يقوما والى هذا ذهب الشافعى ورواه ابن وهب عن مالك فى
المبسوط ووجهه ما تقدم ووجه القول الثانى وهو اختيار أبى على بن خيران انه طلاق معلق بصفة
فليس له الرجوع عنه كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق (فرع) فاذا قلنا بالقول الاول ليس
لها ذلك الا ما داما فى المجلس فانه لا يبطل ذلك بانقضاء وقت من يمكنها فيه اختيار الطلاق فلا يظهره
وانما لها ذلك بمقدار ما جرت به العادة من الجلوس والارتياء فى الأمر والنظر فيه لما قدمنا ان حكمه حكم
الهبة ان وهبها ما كان فى يده من ايقاع الطلاق فان طال المجلس جدا وخرج عن المعتاد فى ذلك ففى
المدونة من قول مالك انه اذا طال المجلس عامة النهار فعلم انهما قد تركا ذلك وخرجا مما كانا فيه الى
غيره فقد بطل التمليك وقال أشهب ذلك بيدها وان أقاما فى المجلس وجه القول الاول ان مجلس
التعارض والأخذ فى مثل هذا معتاد فاذا طال المجلس وزاد على ذلك الزيادة البينة التى يعلم بها
الخروج عن هذا الأمر وترك النظر فيه بطل ما لها من القبول كما لو قامت من المجلس ووجه الرواية
الثانية ما احتج به أشهب من حديث ابن عمر ان ذلك لها ما داما فى المجلس ولان المجلس وان طال فانها
على الصفة التى أبيح فيها الارتياء لم تنتقل عنها وقد يحتاج هذا من النظر والارتياء الى ما يزيد على
مقدار المجلس المعتاد (فرع) فاذا قلنا ان لها ذلك فى المجلس ما لم يخرجا عما كانا فيه ويظهر تركه
فان معنى ذلك الترك أن يأخذا فى كلام غيره وأما ان تمتشط أو تسكت أو تعمل عملا فان ذلك لا يكون
قطعا لخيارها رواه ابن سحنون عن أبيه وهذه مسئلة فيها نظر لان الترك لما كانا فيه قد يكون
بالأعمال والنوم وطول المجلس المفرط الذى يظهر به الترك لما كانا فيه كما يكون بالأخذ فى كلام

غيره (فرع) وهذا اذا لم تجاوب بشيء عن التمليك فاما اذا جاوبت فقالت قبلت أمري فعلى القول الاول انما ذلك مختص بالمجلس قال مالك يكون ذلك بيدها حتى توقف أو تمكن من نفسها لان قولها قد قبلت أمري ان أرادت به الطلاق فقد قضت ويلزم ماقضت به الا أن ينا كرها فيما زادت على الواحدة وان قالت أردت به قبلت ماجعل الي من التمليك ولم أرد به الطلاق فقد قبلت ماوهبته بالمجلس فجاز أن يوقع الطلاق أو يتركه بعد المجلس لان قبولها للهبة قد وجد منها فتمت الهبة بالقبول في المجلس (فرع) فان قالت قبلت أمري في المجلس ولم تفسر ذلك حتى حاضت ثلاث حيض أو وضعت حملها ثم قالت أردت بذلك طلقة واحدة قبل قولها بغير يمين ولا رجعة للزوج عليها قاله في النوادر ومعنى ذلك ان قولها قبلت أمري يحتمل الطلاق فاذا فسرته بالطلاق قبل ذلك منها ولم يكن عليها يمين كما لو فسرته به في العدة واذا كان تفسيرها بعد العدة فقد انقضى وقت الرجعة والزوج ضيع حقه حين لم يواقعها ويستفسر قولها قبل العدة ورضي بانقضاء العدة وانقطاع مدة الرجعة لانه لم يرتجع في مدة العدة (فرع) فان قالت بعد ان وطئها أردت بذلك الطلاق ففي المجموعة عن ابن القاسم لا تصدق لانه قد زال ما بيدها وانما يصدق قولها مادام التمليك بيدها وامكانها اياه من نفسها دليل على انها لم ترد الطلاق فلا يجوز لها أن تدعي الآن غيره ولو كانت خالعته بعد قولها ملكت أمري صدقت بعد ذلك انها أرادت الطلاق لان فعلها لاينافي ماتفسر به الآن ويناكرها ان زادت على الواحدة ورواه عيسى عن ابن القاسم (فرع) فاذا قالت أردت الارتياء والنظر صدقت فان زادت الآن فلا شيء عليه وان طلقت واحدة كان له الرجعة وان زادت على ذلك كان له المنا كرة (مسئلة) ولو ملك رجل أمر امرأته رجلا ثم أراد الرجوع فيه ففي المبسوط عن مالك ليس له ذلك وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن قال لختنته اذا تكاريت لابنتك وخرجت من القرية فأمرها بيدك فتكارت بها لتخرجها فابى وبدا لهما قال ذلك له ولا شيء عليه * قال القاضي أبو الوليد ومعنى ذلك عندي ان له الرجوع في سبب التمليك وهو بان يمنع أمها الخروج بها ولو أخرجتها لم يكن له الرجوع في التمليك والله أعلم وقد قال القاضي أبو محمد وهو مما انفرد به لانعلمه لغيره ان للرجل أن يجعل الى المرأة طلاقها وذلك على وجهين أحدهما أن يوكلها والآخر أن يملكها على التوكيل به أن يرجع مالم تطلق نفسها وفي التمليك ليس له ذلك الا أن يبطل تمليكها وقال في المعونة اذا ملك الرجل امرأته طلاقا فهو على وجهين أحدهما التمليك والثاني التوكيل (فرع) فان قال لها أمرك بيدك الى شهر أو الى أجل يسميه ففي المدنية من رواية محمد عن يحيى السبائي عن مالك لا يجوز أن يجعل الرجل الخيار لامرأته في نفسها الى أجل بعيد يسميه الا أن يكون ذلك اليوم وما أشبهه ويوقف عن امرأته في اليوم وشبهه حتى يرجع ذلك اليه أو يفارقه فان فعل ففي المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم انه اختلف فيه قوله مرة قال ان لم يقض ساعتين فلا خيار لها منها لاجل أو بعد وقد قال ذلك لها مالم يطأها ويوقف والتوجيه فيه على ماتقدم (فرع) وان جعل أمر امرأته بيد رجل فقد روى ابن وهب عن مالك في المبسوط انما ذلك له ماداما في المجلس فان افترقا قبل أن تقضي فقد كان مالك يقول ليس له ذلك بعد التفرق من المجلس ثم رجع فقال أرى له ذلك مالم ترفعه الى السلطان أو توطأ وقرن ذلك بتمليك المرأة فجعل فيها القولين على مافي تمليك المرأة وقد تقدم في توجيه ذلك انه يحتمل أن يكون كالطلاق المعلق بصفة قال القاضي أبو محمد وهو توكيل وقال أيضا ان حكمه مختص به ويخالف سائر حكم التوكيل فاذا قلنا انه طلاق معلق بصفة فانه

يخالف تعليقه بدخول الدار أو أكل الطعام أو لباس الثوب فان تعليقه باحدهذه الصفات يتأبد وتعليقه على وجه تمليك الزوج أو الأجنبي لايتأبد وانما يختص بالمجلس على أحد القولين وعلى القول الثاني لها اسقاط ذلك بتمكينه من الاستمتاع أو رد ذلك واذا قلنا انه بمنزلة التوكيل فانه يخالف التوكيل فان التوكيل عقد جد بدله رده في المجلس قبل ابقاء ماوكل عليه واذا قلنا انه تمليك يخالف حكم التوكيل فانه يلزم أن يبين معناه و يميز بينه و بين التوكيل * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي في ذلك ان التمليك انما هو لها في ايقاع الطلاق وتعليقه باختياره ومشيئته ومعنى التوكيل الاستنابة له في ايقاعه دون تعليق ذلك بمشيئته واختياره وقد بسطت القول في سنن هذه الوجوه وتعليلها في شرح المدونة بما يغني الناظر فيه ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا اذا كان مخاطبا لها بالطلاق فان أرسل به اليها فلم تجب بشئ حتى انصرف عنها الرسول فقد روى ابن المواز عن مالك ذلك بيدها وليس بحضور الزوج الا أن يتطاول الزمان و يظهر من أفعالها ما تفعله الراضية بالزوج وليس هذا بمنزلة المشافهة بالتخيير لان مشافهة الزوج لها بذلك تقتضي الجواب وقد يرسل اليها بما لا ينتظر عنه جوابا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وفي هذا عندي نظر فان اخبار الرسول لها بالتمليك كاخبار الزوج وقد يخبرها الزوج بالتمليك ولا يقتضي بذلك جوابا كالرسول وانما يتعلق بذلك انها قد تؤخر الجواب لتوصله الى الزوج مع غير الرسول كما تريد أن تؤخره عن الزوج حتى ترسل به اليه والصواب عندي ان توجيه القولين على ما في تمليك الزوج (مسئلة) وهذا كله اذا قال لها أمرك بيدك وأما ان قال لها أمرك بيدك ان شئت أو اذا شئت ففي كتاب ابن المواز ذلك كله واحد وذلك بيدها وان افترقا من المجلس قبل أن يقيد ذلك بجواب وضعف هذا أصبغ في ان شئت

(فصل) وقوله لما قالت له أنت الطلاق في الثانية بفيك الحجر انكار للطلقة الثانية وانما سكت في الاولى لان تمليكه يقتضيها فلما زادت على ما اعتقد من الطلاق أنكر ذلك عليها فهذا حكم المناكرة أن يكون متصلا بقولها على ما يجوز أن يكون جوابا لقولها قاله مالك في المبسوط وجه ذلك انه انما يخبر بانكاره عما اعتقده حين التمليك فلا يحتاج الى ارتياء ولا نظر فاذا لم يجاوبها بالانكار وسكت فقد رضي بما أوقعته من الطلاق أو كان سكوته بمعنى الاقرار منه ان ذلك هو الذي ملكها فلذلك لم يجز أن يتأخر انكاره عن قولها قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن ليس منا كرة بعد المجلس ولا يدخل في ذلك من اختلاف قول مالك ماروى عنه في التمليك لها أن تقضي بعد المجلس مالم يوقف أو تمكن من نفسها والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا كان حاضرا معها مخاطبا لها وان كان أنفذ اليها بالتمليك فاذا بلغه انها قد زادت على طلقة ففي المبسوط عن مالك انما يكون ذلك عند ما يبلغه أنها قضت بأكثر من واحدة فان صمت لزمه ما قالت ووجه ذلك ما تقدم

(فصل) وقوله في الثالثة بفيك الحجر انكار لها أيضا فاختصما في ذلك الى مروان بن الحكم فاستحلفه ما ملكها الا واحدة وردها اليه يريد انها كانت رجعية فجعل له أن يرتجعها فتكون عنده على ما بقي من طلاقها فكان القاسم بن محمد يعجبه هذا القضاء لما فيه من وجه الصواب و يراه أحسن ما سمع فيه من قول من يجعل اليها ايقاع الثلاث وقول من يجعل واحدة بائنة وأما قول من حدث بعد ذلك انه لا يكون تمليكا حتى يقول أردت به الطلاق فانه خارج عن تلك الأقوال التي اختار منها وبالله التوفيق

﴿ مالايبين من التمليك ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين انها خطبت على عبد الرحمن ابن أبي بكر قريبة بنت أبي أمية فزوجوه ثم انهم عتبوا على عبد الرحمن وقالوا ما زوجنا الا عائشة فأرسلت عائشة الى عبد الرحمن فذكرت ذلك له فجعل أمر قريبة بيدها فاختارت زوجها فلم يكن ذلك طلاقا ﴾ ش قوله انها خطبت قريبة بنت أبي أمية على عبد الرحمن فزوجوها منه ثم انهم عتبوا عليه في أمر يريد انهم وجدوا عليه في أمر خالفهم فيه فقالوا ما زوجنا الا عائشة يريد انهم انما وثقوا بفضلها وانها لا ترضى لهم بأذى ولا تسوغ أخاها الاضرار بهم في وليتهم فأرسلت عائشة بذلك الى عبد الرحمن لعلها أرادت أن تصرفه وتستنزله عن المعنى الذى عتبوا عليه من أجله ولعله كان نكاحا عليها أو تسريا أو إيثارا

(فصل) وقوله فجعل عبد الرحمن أمر قريبة بيدها يريد ملكها أن تبقى عنده على الأمر الذى عتبوا عليه من أجله أو تطلق نفسها ان شاءت وفي ذلك ازالة ملامتهم عن عائشة فاختارت قريبة وهي المملكة زوجها فلم يكن ذلك طلاقا يريد انه لم يحكم به عليهما ولولا أفتاهما به من كان يفتي في الوقت ولا رآه منهم من كان من أهل الاجتهاد كعائشة وغيرها وعلى هذا الجمهور ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلي يصنع هذا به ومثلي يفتات عليه فكلمت عائشة المنذر بن الزبير فقال المنذر فان ذلك بيد عبد الرحمن فقال عبد الرحمن ما كنت لأرد أمرا قضيته فقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا ﴾ ش قوله ان عائشة زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام يحتمل أمرين أحدهما انها باشرت عقدة النكاح ورواه ابن مزين عن عيسى بن دينار قال وليس عليه العمل يريد عمل أهل المدينة حين كان بها عيسى لان مالكا وفقهاء المدينة لا يجوزون نكاحا عقدته امرأة ويفسخ قبل البناء وبعده على كل حال والوجه الثاني انها قدرت المهر وأحوال النكاح وتولى العقد أحد من عصبتها ونسب العقد الى عائشة لما كان تقريره اليها وقد روى عن عائشة انها كانت تقرر أمر النكاح ثم تقول اعقدوا فان النساء لا يعقدن النكاح وهذا هو المعروف من أقوال الصحابة ان المرأة لا يصح أن تعقد نكاحا لنفسها ولا لامرأة غيرها وقد تقدم الكلام في ذلك (مسئلة) وأما عقد نكاح حفصة وأبوها غائب وهي بكر فان مذهب مالك انه لا يجوز أن يعقد نكاح بكر ذات أب غير أبيها وان كان غائبا الا أن يكون قد غاب غيبة انقطاع قال ابن حبيب عن مالك لا ترجى رجعته وفي المدونة مثل من يخرج من مصر غازيا الى الأندلس وافريقية أو طنجة فهذه تزوج قاله ابن القاسم ورواه على بن زياد عن مالك قال القاضي أبو محمد اذا كان استئذانه يتعذر وهي عانس بالغ وقال عبد الملك لا تزوج حياة الاب وفي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن وهب انه اذا قطع نفقته عنها وأطال غيبته زوجت وان جرت عليها نفقة الأب لم تزوج الا باذنه ولأبي العباس الأبياني في حد البعد في العتبية أن تكون في موضع لا ينفذ فيه حكم الابنة فان كان بموضع ينفذ فيه كتبه لم تزوج عليه قال القاضي أبو محمد فوجه قول مالك ان غيبة الأب اذا طالت وانقطع عنها أضر ذلك بها فجرى مجرى عضلها ولو كان الأب حاضرا وعضلها وعلم انه يقصد الاضرار بها زوجها عليه الحاكم

﴿ مالايبين من التمليك ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها خطبت على عبد الرحمن بن أبي بكر قريبة بنت أبي أمية فزوجوه ثم إنهم عتبوا على عبد الرحمن وقالوا ما زوجنا الا عائشة فأرسلت عائشة الى عبد الرحمن فذكرت ذلك له فجعل أمر قريبة بيدها فاختارت زوجها فلم يكن ذلك طلاقا * وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن ابن القاسم عن أبيه أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم زوجت حفصة بنت عبد الرحمن المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلي يصنع هذا به ومثلي يفتات عليه فكلمت عائشة المنذر ابن الزبير فقال المنذر فان ذلك بيد عبد الرحمن فقال عبد الرحمن ما كنت لارد أمرا قضيته فقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عمر وأبا هريرة سئلا عن الرجل يملك امرأته أمرها فترد ذلك اليه ولا تقضى فيه شيأ فقالا ليس ذلك بطلاق * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد ابن المسيب أنه قال اذا ملك الرجل امرأته أمرها فلم تفارقه وقرت عنده فليس ذلك بطلاق * قال مالك فى المملكة اذا ملكها زوجها أمرها ثم افترقا ولم تقبل من ذلك شيأ فليس بيدها من ذلك شئ وهو لها ما داما فى مجلسهما

فكذلك مع طول الغيبة ووجه قول عبد الملك ان الولاية باقية للاب لا تسقط بغيبته فلم يكن لغيره أن يزوجها ووجه قول ابن وهب ان المراعى فى ذلك ازالة الضرر عنها وهذا موجود مع انقطاع النفقة ومعدوم مع ادامتها فاما أن تكون عائشة رأت غير هذا واما أن يكون معناه أن عبد الرحمن قد كان وكل من يعقد هذا النكاح فعقد على أدنى من المهر الذى كان يعتقد هو أن يبذل لمثله أو وكل من يعقده على الاطلاق دون تعيين الا أنه ظن أن ذلك يقوم له مقام التعيين وذلك ان البكر ذات الأب أو الوصى ليس لها أن ترضى بأقل من مهر مثلها وأما الثيب ففى المدونة لا يجوز لها ذلك وقيل ان ذلك جائز لها ويحتمل أن يكون لم يعين الزوج وظن أنه يعدل به عن مثل المنذر الى مثل عروة أو عبد الله ممن كان أفضل من المنذر فلذلك أنكر أن يصنع به مثل هذا أو يفتات عليه ولذلك احتاج المنذر أن يجعل الامر بيده ولو لم يكن النكاح لازما لما احتاج الى ذلك ولو كان النكاح فاسدا لا يجوز أن يقر عليه *قال القاضى أبو الوليد رحمه الله و يحتمل عندى أن يكون العاقد لنكاح حفصة بنت عبد الرحمن أخوه أو ابنه ان كان قائما بامره ففى المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم فى الرجل يزوج أخته البكر وأبوه غائب ان كان القائم بأمره فأجازه أبوه جاز وان كانت ثيبا جاز على كل حال وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع فى الرجل يكون الناظر فى عيال أخيه أو أبيه والقائم له فى حوائجه المفاوض له فى أموره فتغيب الأب فتزوج ابنته أو أمته بوجه الصحة والنظر لهن اذا أجازه الغائب اذا قدم جاز وثبت ونحوه فى المدونة عن مالك الا أنه لم يذكر الغيبة وانما جاز أن يجوزه الأب بعد طول الغيبة لانه موقوف على الفسخ والله أعلم فعلى هذا ان كان عاقد نكاح حفصة ابنا لعبد الرحمن أو أخا له ان كان فى حياة محمد بن أبى بكر أو غيره من عصبتها ممن كان القائم بأمره والناظر له فانه مما يجوز اذا أجازه عبد الرحمن وقد قال ابن القاسم فى المدونة الأخ والجد فى ذلك بمنزلة الأب قال محمد بن المواز كأن زوجت عائشة بنت أخيها فرضى قال مالك وذلك لمكانها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد وكلت عائشة رجلا على العقد وهذا اذا كانت بكرا فان كانت ثيبا فذلك جائز لازم وان لم يجوزه عبد الرحمن والله أعلم

(فصل) وقوله فكلمت عائشة المنذر فى ذلك يريد انها أعلمته انه سخط بعض الامر فجعل الامر اليه ليزيل عن عائشة رضى الله عنها لوم عبد الرحمن لأجل ذلك الافتيات عليه فامتنع عبد الرحمن من ابطال النكاح تسليما لما رأته عائشة واختارته وقوله ما كنت لارد أمرا قضيته على ما تقدم من اضافة الامر اليها لما كان منها من توليه وتقريره ص ﴿ مالك انه بلغه ان عبد الله بن عمر وأبا هريرة سئلا عن الرجل يملك امرأته أمرها فترد ذلك اليه ولا تقضى فيه شيأ فقالا ليس ذلك بطلاق *مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه قال اذا ملك الرجل امرأته أمرها فلم تفارقه وقرت عنده فليس ذلك بطلاق ﴾ ش كرر مالك رحمه الله فى هذه المسئلة القول وكثر من الآثار لمخالفة ربيعة فى ذلك يذكر ان رد المملكة التمليك لا يقتضى طلاقا قال ولا يوجبه ولو أوجبه لكان نفى التمليك يقتضيه ولما وجب أن تسئل المرأة بعد ذلك ولا يقتضى منها قبول ولا رد وترك فى هذه الآثار حكم الساكتة التى لم تقبل ولم ترد وقد بينا فيه من القول ما يغنى عن اعادته ص ﴿ قال مالك فى المملكة اذا ملكها زوجها أمرها ثم افترقا ولم تقبل من ذلك شيأ فليس بيدها من ذلك شئ وهو لها ما داما فى مجلسهما ﴾ ش قوله انهما اذا افترقا ولم تقبل فليس بيدها من ذلك شئ هذا قوله الأول واختاره ابن القاسم وقد رجع عن هذا القول الى أن لها ذلك و يوقفها السلطان قال أشهب وانما قال ذلك القول

مرة ثم رجع الى أن لهاذلك وثبت عليه وقدروى يحيي بن يحيي القول الأول فى الموطأ وهو من آخر من روى عنه وهذا يدل على ان مالكا كان يترجح فيه فى أوقات الفتوى وأبقى فى موطئه قوله الأول فلم يغيره (مسئلة) فان اختلفا بعد القيام من المجلس فقالت الزوجة قد قضيت بالطلاق وقال الزوج ملكتك ولم تقض شيأ ففى المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك ان القول قولها حين أقر لها بالتمليك وهذا مبنى على أن لا خيار لها بعد المجلس لكنه اذا أقر لها بالتمليك لم يكن له ابطاله بدعوى انها لم تقض بالطلاق كالاجنبي يوكله على الطلاق ثم يدعى انه لم يطلق وأما على القول بأنه لا يحتاج أن يدعى القضاء فى المجلس لان لها أن تقضى الآن بالطلاق الا أن يدعى عليها الرد فان ادعى عليها الرد كان القول قولها والله أعلم

﴿ الايلاء ﴾

ص ﴿ مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على بن أبى طالب انه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليها طلاق وان مضت الاربعة الاشهر حتى يوقف فاما أن يطلق واما أن يفيء قال مالك وذلك الامر عندنا * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول أيما رجل آلى من امرأته فانه اذا مضت الاربعة الأشهر وقف حتى يطلق أو يفيء ولا يقع عليه طلاق اذا مضت الاربعة الأشهر حتى يوقف ﴾ ش قال ابن الماجشون فى المبسوط الايلاء اليمين فمن حلف فقد آلى * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهذا كما قال ان الايلاء فى اللغة هو اليمين وقال أبو اسحاق الزجاج يقال آليت أولى ايلاء وألية وقال المفضل الايلاء اليمين يقال آلى يولى ايلاء والاسم الألية ولذلك قال الشاعر

قليل الألايا حافظ ليمينه * وان ندرت منه الألية برت

وقال الأعشى فى القصيدة التى مدح بها النبى صلى الله عليه وسلم

فآليت لا أرثى لها من كلالة * ولا من وجى حتى تلاقى محمدا

نبى يرى مالا يرون وذكره * أغار لعمرى فى البلاد وأنجدا

معناه أقسمت الا انه مستعمل فى الشرع فى القسم على الامتناع من وطء الزوجة قال الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فقال تعالى يؤلون من نسائهم وتقديره والله أعلم يقسمون على الامتناع من نسائهم لانه لا يقال آليت من كذا وانما يقال آليت على كذا وآليت لأفعلن كذا ولا فعلت كذا لكنه لما كان معناه آلى ليمتنعن من امرأته وكثر استعماله حذف ذلك لدلالة الكلام عليه وقيل آلى من امرأته حكى هذا الفضل بن مسلمة عن بعض النحاة وقال الفراء ان من هنا بمعنى على أى يؤلون على نسائهم

(فصل) وقوله اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه طلاق وان مضت أربعة أشهر حتى يوقف المشهور من مذهب على رضى الله عنه أن الايلاء انما يكون فى الغضب دون الرضا وانه اذا حلف فى الرضا لم يكن موليا والذى عليه جمهور الفقهاء انه يكون موليا لانه حلف بيمين تلزم على الامتناع من وطء زوجته أزيد من أربعة أشهر بحال الغضب ولان للزوجة حقا فى الوطء فليس له أن يحلف على الامتناع به (مسئلة) وهذا اذا كان ممن يستطيع الوطء وكانت الزوجة لها حق فى الوطء فان كان ممن لا يستطيع الجماع كالشيخ الكبير ففى المبسوط عن ابن القاسم لم يسمع من مالك فى ذلك شيء ورأيه انه ... ف وانما الايلاء على من يستطيع الجماع وأما من لا يستطيعه فلا يلزمه حكم

﴿ الايلاء ﴾

* حدثنى يحيي عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على بن أبى طالب أنه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليها طلاق وان مضت الاربعة الاشهر حتى يوقف فاما أن يطلق واما أن يفيء قال مالك وذلك الأمر عندنا * وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول أيما رجل آلى من امرأته فانه اذا مضت الاربعة الاشهر وقف حتى يطلق أو يفيء ولا يقع عليه طلاق اذا مضت الاربعة الاشهر حتى يوقف

الايلاء كالخصي وكالذي يقطع ذكره بعد الايلاء فليس على واحد منهم توقيت وروى ابن حبيب عن أصبغ انه قال في الخصي ان ايلاءه لازم ويوقت على سنة أجل الايلاء لان لها منفعة يلتذ بها من مباشرة وغيرها (مسئلة) واذا آلى الصبي الذي لم يبلغ الحلم فلا يلزمه الآن ولا بعد البلوغ وليس بمول ووجه ذلك أن الايلاء يمين والأيمان لا تنعقد منه قال ابن القاسم في المبسوط وكذلك من آلى من صغيرة فلا شئ عليه حتى تبلغ حد الوطء فمن يومئذ يكون أجل الايلاء عليه لان هذا الحالف كبير يلزمه اليمين وانما سقط عنه حكم الايلاء والتوقيت لما حلف على من لا حق لها في الاستمتاع فلما بلغت حد الوطء وصار لها حق فيه لزمت اليمين المتقدمة وكان أجل الايلاء من يوم ثبت لها في الوطء حق والله أعلم

(باب الايلاء يثبت حكمه بكل يمين يجب على الحالف بها شئ كالحالف بالله أو بصفة من صفاته)

قال ابن المواز مثل أن يحلف بسلطان الله أو بقدرته أو بذمته أو برحمته أو بنوره أو بحمده أو شأنه زاد في المبسوط عن ابن الماجشون أو عظمته وعن ابن القاسم أو بجلال الله أو بشئ من صفاته ووجه ذلك ان هذه أيمان تلزم بها الكفارة فثبت بها حكم الايلاء كقوله لا والله وبلى والله (مسئلة) فان قال أقسم بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله ففي المبسوط عن عبد الملك يكون موليا وهذا مما لا خلاف فيه لانها يمين بالله فان قال أحلف أو أقسم أو أشهد أو أعزم ولم يقل بالله قال لا يدخل عليه به ايلاء الا أن يكون أراد بالله ونواه فيكون يمينا ويكون موليا في المدونة والمبسوط وقال ابن القاسم عن مالك أشهد ولعمري ليس بيمين الا أن يريد بالله فيكون موليا قال ابن القاسم وأعزم وأعزم على نفسي عندي مثل قوله أقسم والذي في المدونة أن مالكا قال فيمن يقول أشهد أن لا أكلم فلانا لا شئ عليه قال ابن القاسم الا أن يريد بذلك أشهد بالله فيكون يمينا وكذلك قال مالك في القائل أقسمت أن لا أكلم فلانا قال ابن القاسم وكذلك أحلف أن لا أكلم فلانا يمين قال وليس قوله أعزم أن لا أكلم فلانا يمين فان قال أعزم بالله فلا أشك انها يمين فان قال أعزم عليك بالله فليست بيمين وهو عندي بمنزلة قولك أسألك بالله لتفعلن كذا فلم يفعل فلا شئ عليه (مسئلة) وكذلك ان قال عليّ عهد الله وميثاقه أو قال على ذمة الله أو قال عليّ نذر ذلك كله عن ابن القاسم في المبسوط ووجهه ما قدمناه (مسئلة) فان حلف بالصيام أن لا يطأ امرأته فقال ان وطئتك فعلى صيام شهر أو سنة فهو مول وهكذا على ما يلزمه من حج أو طلاق أو عتق وهو أحد قولي الشافعي وقال في الجديد لا يكون موليا الا باليمين بالله تعالى والدليل على ما نقوله قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ولم يفرق ودليلنا من جهة القياس ان هذه يمين لزمه بها حكم فثبت بها حكم الايلاء أصل ذلك اليمين بالله (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال في المبسوط من رواية ابن القاسم عن مالك ان آلى منها بصيام فهو مول ومعنى ذلك بصيام غير معين ولم يعين قلته من كثرته وهذا يدل على انه اذا آلى منها بصيام يوم واحد انه يكون موليا (فرع) فان قال ان جامعتك فعلى صوم هذا الشهر الذي أنا فيه أو شهر بينه وبين آخر أربعة أشهر فأقل فانه ليس بمول حتى يكون بينه وبين آخره أكثر من أربعة أشهر قاله ابن المواز وأكثره في المبسوط (مسئلة) ومن آلى من امرأته بالصلاة ان وطئتك فعلى أن أصلي مائة ركعة قال ابن القاسم في المبسوط هو مول زاد في المدونة عن مالك أو آلى بحج أو عمرة أو هدي أو عتق (مسئلة) ومن آلى بصدقة أو عتق عبد معين أو غير معين فان كان عبدا معينا ولم يكن في ملكه فلا شئ عليه وان كان في ملكه لزمه الايلاء فان باعه زال عنه ووجه

ذلك أن اليمين انما تعلقت بعين العبد فلما باعه أو وهبه لم يبق لليمين تعلق فبطل حكمها وصارت الزوجة غير مولى منها (فرع) فان استرجع العبد بشراء في تفليس أو غيره فقد روى ابن المواز انه قال لا تعود عليه اليمين وقال ابن القاسم تعود عليه اليمين وقاله مالك في المبسوط وقال ابن الماجشون في المبسوط ان عاد اليه العبد بميراث أو اشتراه في فلس ممن كان عنده أو باعه السلطان على الحالف في فلس ثم اشتراه لم يرجع عليه الايلاء ويرجع عليه ان باعه باختياره ثم اشتراه ببيع البائع له باختياره لبعد هذه الوجوه من التهمة ووجه القول الاول ان ذلك الملك قد زال ببيعه فلا يعود حكمه بالرجوع اليه كما لو آلى بطلاق امرأة أخرى ثلاثا فطلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج فان الايلاء لا يعود عليه ووجه القول الثاني أن خروج العبد من ملكه ورجوعه اليه بمنزلة تطليقة التي حلف بطلاقها واحدة ثم يتزوجها قبل زوج أو بعده فان الايلاء يعود عليه والوجه الأول أظهر لان الطلاق الذي بقي فيها بعد ارتجاعها انما هو من حكم النكاح الذي حلف له وملكه للعبد بعد ان باعه ليس من حكم الابتياع الأول وانما هو حكم يثبت بالابتياع الثاني كما لو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج فان ما ثبت له فيها من طلاق انما يثبت بالنكاح الثاني فلذلك لم يتعلق به الايلاء المتقدم عليه والله أعلم (فرع) فان كان العتق في غير معين فقال ان وطئتك فعلي عتق عبيدي فهو مول فان قال ان وطئتك فكل مملوك أملكه مما استقبل حر فقد قال مالك في المبسوط لا يعتق عليه شيء ممن يشتريه بعد يمينه وهذا يقتضي أن يكون موليا وقد تقدم تعليله في الايمان والنذر (فرع) فان قال ان وطئتك فكل عبد اشتريه من الفسطاط حر قال مالك من قال كل عبد اشتريه من الفسطاط حر فانه يلزمه عتق من يشتريه ولكن لا يكون موليا بايلائه بذلك حتى يشتري العبد فاذا اشتراه وقع عليه الايلاء وطئ قبل ذلك أو لم يطأ وقال سحنون قال غيره يكون موليا لان كل من يقع عليه الحنث بالفيء فهو مول وهذا اذا وطئ امرأته ثم اشترى بعد ذلك عبدا من الفسطاط فانه يعتق عليه بالايلاء قال سحنون وقد قال ابن القاسم مثله وجه قول ابن القاسم الأول ان هذا حال لا يلزمه فيها شيء بالحنث فلم يكن موليا أصل ذلك قبل الايلا ووجه القول الثاني ما احتج به سحنون من أن هذه اليمين بها يقع الحنث عليه اذا حنث وهذا يقتضي كونه موليا والله أعلم (مسئلة) ومن آلى بطلاق امرأة فلا يخلو أن يولي بطلاق المولى منها أو بطلاق غيرها فان آلى منها بطلاقها فلا يخلو أن يكون الطلاق الذي حلف به بائنا أو رجعيا فان كان بائنا مثل أن يقول ان وطئتك فأنت طالق طلاقا بائنا فهل يكون موليا أم لا قال مالك هو مول واحتج على ذلك بأنها لو رضيت على البقاء معه دون وطء لم يطلق عليه قال ابن القاسم وكذلك عندي في كل ما لا يستطاع فعله والبر فيه مثل أن يقول والله لا وطئتك حتى أمس السماء وقال ابن الماجشون في المبسوط هذا تطلق عليه من ساعته تطليقة واحدة ولا يترك معها الى الأجل لانه ليس ممن يمكنه أن يفيء ولا رجعة له لان رجعته توصله الى الفيئة لان ما زاد من وطئه على مجاوزة الختان حرام فلا يمكن من وطء حرام والله أعلم وقد روى في المدنية زياد بن جعفر عن مالك اذا قال ان وطئتك الى أجل كذا فأنت طالق بائنا وكان ذلك أجلا طويلا فانه يفرق بينهما اذا قامت به ولا يضرب له أجل الايلاء وهذا مبني على مذهب ابن الماجشون (فرع) فاذا قلنا انه مول لا يعجل عليه بالطلاق فقد قال مالك يطلق عليه عند الأجل وفي المبسوط قال مالك أيضا ان له أن يحنث فيها بالوطء فتطلق عليه بالبتة فوجه القول الأول ان الفيئة ممنوع فيها وذلك مبني على ان وطأه محظور ولا يلزمها البقاء معه على الايلاء فوجب أن يقضى عليه بالطلاق ووجه القول الثاني ان هذه

يمين معلقة بشرط فلا يقع الا بوجود ذلك الشرط وهو مبنى على أن ذلك الوطء مباح غير ممنوع (فرع) فاذا قلنا له أن يطأ فقد قال ابن القاسم له أن يتمادى حتى ينزل وأحب الى أن لا يفعل فان فعل لم يكن حراما قال أصبغ وذلك مالم يكن عندى حرجا قال أصبغ وذلك مالم يحرج فان أحرج لم تكن العودة قال وقال ابن الماجشون اذا التقى الختانان قطع وجه القول الاول انه على حكم الزوجية المبيحة للوطء قبل الحنث فله أن يولج ولا خلاف أن بالايلاج يقع الحنث الأن ذلك لا يمنع من الاخراج وهو نوع من الوطء فكذلك باقى الوطء حتى ينزل ووجه آخر ان لفظ الوطء الذى يقع به حنثه ويتعلق به ايلاؤه انما ينطلق غالبا على الوطء التام دون الايلاج ووجه قول ابن الماجشون ان اليمين فعل يتناول أقل أجزائه ويقع الحنث بأيسر جزء منه كما يقع بجميعه وذلك يقتضى أن الايلاج يقع به الحنث وبه يقع الطلاق الثلاث فوجب أن يحرم عليه الباقى من وطئه لانه قد يصادف امرأة قد حرمت عليه بالثلاث (فرع) فان كان حلف بطلاق رجعى كالطلقة والطلقتين لمن له فيها أكثر من ذلك فالذى قاله عبد الملك فى المبسوط انه ان أراد أن يطلق وينوى بما زاد من وطئه على التقاء الختانين اللذين يقع به حنثه الرجعة مكناه من ذلك فان أبى من ذلك منع من الوطء لان باقيه بعد الحنث حرام ومقتضى قول ابن القاسم على ماتقدم ان له أن يطأ وانما يحرم عليه استئناف وطء آخر والله أعلم (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون وأبى من الرجعة ببقية وطء فقد قال ابن الماجشون يطلق عليه ولا رجعة له مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها قال لانه قد ترك تحقيق رجعته بأن ينوى ببقية وطئه الرجعة وقد كان له فى غير المدخول بها أن يمكن من وطئها لان مايقع به حنثه يكمل له دخوله (مسئلة) فأما ان حلف بالنبى أو الملائكة أو الكعبة أن لا يطأها أو قال هو يهودى أو نصرانى أو زان ان وطئها فهذا ليس بمول قاله مالك ومعنى ذلك عندى انه أورده على وجه القسم وأما لو أراد أنه مول بما قاله من ذلك أو من غيره ففى المبسوط أن ابن القاسم سئل عن الرجل يقول لامرأته لامرأته حبل يريد بذلك الايلاء فقال قال مالك كل كلام نوى به الطلاق فهو طلاق فهذا والطلاق سواء (مسئلة) فان حلف بالله أن لا يطأها واستثنى فقال ان شاء الله فانه يكون موليا فان وطئها فلا كفارة عليه فى رواية ابن القاسم عن مالك وقال ابن الماجشون فى المبسوط ليس بمول وجه القول الأول أنه مبنى على أن الاستثناء لا يحل اليمين ولكنها تؤثر فى اسقاط الكفارة فلما كانت يمينه فيه منعقدة لزمه حكم الايلاء وان لم تجب عليه بالمخالفة كفارة ووجه القول الثانى ان الاستثناء يحل اليمين ويجعل الحالف كأنه لم يحلف ولذلك لا يجب عليه بالمخالفة كفارة والله أعلم (مسئلة) وان حلف أن لا يجامعها سنة وقال أردت أن لا أساكنها فى هذه الدار سنة ففى المبسوط عن ابن القاسم له ذلك وانما يلزمه الايلاء اذا أتى بلفظ يمنع من الوطء وان لم يتناول الوطء فانه لا يكون به موليا فاذا حلف أن لا يلتقى معها سنة وكان هذا يمنع الوطء كان به موليا وهذا اللفظ يحتمل من التأويل ماتحتمل المجامعة فحكمه اذا حلف بالله أن يصدق فى كفارة اليمين ويقال له لابد من الخروج عن هذا اللفظ الذى ظاهره الامتناع من الوطء وقد قال مالك فيمن حلف أن لا يطأها فقال لما وقف انما أردت أن لا أطأها بقدمى انه يقال له جامعها حتى يعلم انك تريد الايلاء وأنت فى الكفارة أعلم قال ابن القاسم والذى حلف أن لا يجامعها مثله * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى انها ان كانت يمينه بطلاق غيرها أن لا يصدق فى ذلك لان ظاهر لفظه يقتضى الجماع والله أعلم (مسئلة) وقوله لم يقع عليه طلاق وان مضت الأربعة الاشهر يريد ان مازاد على

الأربعة الاشهر فهو مدة الايلاء الشرعي وبه قال الشافعي وروى عن ابن عمر انه قال كل مدة مقدرة وان طالت فليست بمدة للايلاء الشرعي وانما يكون ايلاء اذا علقه للابد والدليل على مانقوله قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ولم يفرق بين أن يكون ايلاؤه لمدة مقدرة أو مؤبدة فهو على عمومه وقال أبو حنيفة ان مدة الايلاء أربعة أشهر فما زاد فالخلاف بيننا وبينه في الأربعة الأشهر والكلام بيننا وبينه في ذلك مبنى على انه بنفس انقضاء المدة عنده يقع عليه طلقة الايلاء وعنده لابد أن يوقف بعد أربعة أشهر وسيأتي ذكره ان شاء الله تعالى (مسئلة) اذا ثبت ان مدة الايلاء أربعة أشهر فان ذلك على ضربين أحدهما أن يكون ايلاء محضا يقتضي المنع من وطئها كقوله والله لا وطئتك أبدا اسنة فهذا أول الأربعة الأشهر يوم يمينه والضرب الثاني أن لا يتناول يمينه المنع من الوطء ولكنها تؤدي الى ذلك مثل أن يقول أنت طالق ان لم أكلم فلانا أو ان لم أدخل الدار فهذه اليمين لم تتناول تحريم الوطء ولكنها تفضي الى تحريم الوطء لانه لما كانت صورة حاله بعد اليمين صورة الحانث وجب أن يمنع الوطء حتى يبر بأن يكلم فلانا أو يدخل الدار واذا امتنع من وطئها كان لها المطالبة بذلك لانه ممنوع من وطئها بسبب يمينه فيضرب له أجل الايلاء وأول الأربعة الأشهر من يوم يرفعه الى الحاكم فيرى في ذلك ضرب الأجل ويضربه له والله أعلم (مسئلة) ولو حلف وقال أنت طالق ان كلمت فلانا لم يمنع من وطئها ولم يدخل عليه ايلاء لان حاله بعد يمينه حال بر لانه ان تمادى عليه كان بارا أبدا والله أعلم وهذا مذهب علي وجماعة من الصحابة وبه قال الشافعي وحكى أحمد بن المعذل عن ابن الماجشون انه قال قال به مالك وقال به فيما بلغنا بضعة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة بمضي الأجل تقع عليه طلقة واحدة وروى ذلك عن ابن مسعود والدليل على مانقوله قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فوجه الدليل من الآية انه عز وجل جعل الأربعة الأشهر حقا للتربص الزوج وما كان حقا له لم يكن محلا للحق الذي عليه وهو الفيئة أو الطلاق كأجل الدين ودليلنا من جهة القياس ان هذا اللفظ لا يقع به ولا ببعضه طلاق معجل فلم يقع به طلاق مؤجل أصل ذلك اذا حلف على الامتناع من وطئها أقل من أربعة أشهر

(فصل) وقوله حتى يوقف فاما أن يفيء واما أن يطلق يقتضي معنيين أحدهما طلب الزوجة له بذلك لانه حق من حقوقها لانها لو رضيت بالمقام معه على مقتضى يمينه لم يكن لأحد عليها في ذلك اعتراض وليس على الامام اذا لم تأته المرأة أن يرسل اليه فيوقفه لعلها أن ترضى بذلك قاله ابن أبي حازم في المدنية (مسئلة) قال أشهب عن مالك وليس هو من ذلك في حل الا أن تترك له ذلك وقالت لا حاجة لي بايقافه فهو حق تركته الا أن لها أن ترجع فيه متى شاءت وان طال الزمان فيوقف لها مكانه وقال أصبغ وتحلف ما كان تركها على التأبيد الا على أن تنتظر ثم يوقف مكانه دون أجل وهذا الذي قاله أصبغ مخالف لقول مالك لان الصبر على الضرر لا يلزم الزوجة اذا كان مما يثبت له الخيار كالرضى بالاثرة (مسئلة) وهذا اذا كانت حرة فان كانت أمة وأرادت الصبر على ترك الوطء فللسيد ايقافه رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك ما احتج به أصبغ في ثمانية أبي زيد انه ليس للزوج أن يعزل عنها وان رضيت بذلك الا باذن السيد فتركه جميعا أشد أن لا يكون له ذلك الا باذنه قال أصبغ وان رضي السيد بترك الوطء ولم ترض بذلك الأمة لم يكن لسيدها ذلك وكان لها القيام ومطالبة الزوج وتوقيفه لان لها حقا في ذلك

(فصل) والثانى ان ذلك انما يكون عند الامام أو الحاكم فهو الذى يوقفه و يحكم عليه بما يؤديه اليه اجتهاده فانه حكم مختلف فيه فانما يجتهد فى انفاذه من له ولاية حكم فاذا رأى التوقيف فان توقيفه انما هو ليفىء الى ما كان عليه قبل ايلائه والفيئة الرجوع قال الله تعالى حتى تفىء الى أمر الله أى ترجع أو تطلق ان امتنع من الفيئة لانه ليس له الاضرار وقد روى ان هذه الآية انما نزلت فى المشركين كان الرجل منهم اذا كره المرأة وعنت عليها آلى منها ثم يتركها معلقة لاهى ذات زوج ولاهى مطلقة فتتزوج يريد بذلك الاضرار بها فمنع الله من ذلك وجعل للازواج مدة أربعة أشهر فى تأديب المرأة بالهجر لقوله تعالى واهجروهن فى المضاجع وقد آلى النبى صلى الله عليه وسلم من نسائه شهرا وقد قيل ان الأربعة الأشهر هى المدة التى لاتستطيع ذات الزوج أن تصبر عنه أكثرها وروى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تنشد

ألا طال هذا الليل واسود جانبه * وأرقنى اذ لا خليل ألاعبه
فوالله لولا الله تخشى عواقبه * لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربى والحياء يكفنى * وأكرم زوجى أن تنال مراكبه

فلما كان من الغد استدعى عمر تلك المرأة فقال لها أين زوجك فقالت بعثت به الى العراق واستدعى نساء وسألهن عن المرأة كم مقدار ماتصبر المرأة عن زوجها فقلن شهرين ويقل صبرها فى ثلاثة ويفقد صبرها فى أربعة فجعل عمر مدة غزو الرجل أربعة أشهر فاذا مضت أربعة أشهر استرد الغازين ووجه بقوم آخرين وهذا والله أعلم يقوى اختصاص أجل الايلاء بأربعة أشهر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان لها رفعه ساعة تنقضى الأربعة الأشهر وقد بقى من المدة التى تناولتها يمينه لمنع الوطء مدة فروى أشهب عن مالك فى العتبية اذا حل الأجل فرفعته وقف مكانه فاما فاء فى مجلسه ذلك والا طلقت عليه ووجه ذلك ان المدة المضروبة له التى فيها الخيار والارتياء والنظر والمشورة انقضت فليس له أن يزاد أجلا على ما ورد الشرع به لأن ذلك اضرار بالمرأة (مسئلة) وللمرأة بعد التوقيف وامتناعه من الفيئة أن تصبر على ذلك قبل أن تطلق عليه ووجه ذلك أن توقيفها له ليس بطلاق وكذلك امتناعه من الفيئة ليس بطلاق وانما يثبت الخيار للزوجة خاصة فان رضيت المقام على ذلك والا كان لها المطالبة بالفراق

(فصل) وقوله فاما أن يفىء واما أن يطلق عليه يريد أن يفىء الى الوطء الذى حلف على الامتناع منه فان أبى الفيئة حكم عليه بالطلاق سواء كان له عذر مرض أوسجن أوغير ذلك لكن ايثاره بالطلاق يستوفى منه حال العذر فوجب أن يحكم عليه بالطلاق (مسئلة) ومن ذا الذى يوقع الطلاق الظاهر من المذهب أن الحاكم يأمره بايقاع الطلاق فان أوقعه كان على حسب ذلك وان أبى من ايقاعه مع امتناعه من الفيئة فقد قال مالك فى المبسوط ان الامام يلزمه ذلك طائعا أو كارها وروى أحمد بن المعذل عن ابن الماجشون يأمره الامام بطلاقها ان لم يرد الفيئة فان طلق والا طلق عليه الامام (فرع) فان كان به عذر فلم يف ففى المدونة يطلق عليه السلطان ووجه ذلك أن ايقاع هذا الطلاق معين عليه من جهة الحاكم لانقضاء أجل الايلاء المقرر بالشرع ولا يمنع ذلك من أن ترثه اذا مات فى عدتها (فرع) فان كانت حائضا ففى المدونة من رواية يحيى بن محمد السبائى عن مالك يطلق عليه ان أبى من الفيئة وان كانت حائضا وروى عن ابن القاسم لايطلق عليه حال الحيض فى شئ الا فى الايلاء وروى أشهب عن مالك لايطلق عليه حال الحيض وسيأتى بيان ذلك ان شاء

الله تعالى (مسئلة) فاذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يكون الزوج المولى يوم انقضاء الأجل وقيام الزوجة عليه غائبا أو حاضرا فان كان غائبا غيبة قريبة كتب اليه فى ذلك الموضع ليفيء أو يطلق وان كان غائبا غيبة بعيدة ففى المبسوط عن ابن الماجشون ان كان غائبا بعد انقضاء أجل الايلاء طلق عليه ولا يجعل الامام له أجلا غير الذى جعل الله له فليس له أن يحتال فى تغيير أجل الله تعالى (فرع) فاذا قلنا ان فى الغيبة القريبة يكتب اليه فيها فان كان بينه و بينها مسيرة شهرين ففى المدونة عن مالك لا ينفذ عليه الطلاق حتى يكتب الى ذلك الموضع فجعل الشهرين فى حيز القرب (مسئلة) وان كان حاضرا وأراد سفرا بعيدا فقد قال ابن القاسم فى العتبية ان أراد السفر قبل محل الاجل بيوم أو يومين وقامت امرأته فى ذلك منعه الامام من السفر حتى يحل الاجل وان أبى عرفه أنه يطلق عليه فان خرج وطلبت المرأة ذلك عند الاجل طلق عليه وان لم ترفع خبره حتى سافر لم تطلق عليه حتى يكتب اليه يفيء أو يطلق وقال ابن كنانة ان كان مقرا بالايلاء لم يحبس واذا حل الاجل طلق عليه وقال أصبغ فى العتبية اذا أراد المولى سفرا بعيدا قيل له وكل من يفيء لك عند الاجل أو يطلق عليك ومن فيئة وكيله أن يكفر (مسئلة) فان كانت حائضا وأراد الفيئة قبل ذلك منه وعذر بحيضها فى باب الجماع كالمريض رواه عيسى بن دينار عن ابن القاسم وابن كنانة وهو فى المدونة عن مالك (مسئلة) وان كان غائبا غيبة قريبة مما يكتب اليه فيها فقال أنا أريد الفيئة قبل ذلك منه فان كانت يمينه مما تكفر استدل على صحة فيئته بان يكفر عن يمينه قال مالك ولم تعرف فيئته الا بالكفارة فان كانت يمينه مما لا يمكنه أن يكفرها فى موضعه ذلك قبل منه فى الفيئة حتى يقدم فان وطئ والا طلقت عليه (مسئلة) وان كان حاضرا مقيما فلا يخلو أن يكون له عذر من سجن أو مرض أو تكون حائضا أو لا يكون له عذر فان كان عذر من مرض أو سجن ففى المدونة من قول ابن أبى حازم وابن دينار أن حكمه حكم المسافر على حسب ما تقدم فى القريب الغيبة الذى يكاتب و يجيب الى الفيئة وقال ابن الماجشون فى المبسوط لا يوقف و يدعى الى ما لا يقدر عليه ولا يعجل عليه بطلاق ولكنه يمهل ما دام لا يقدر على الفيئة للمرض أو السجن والقول المتقدم مبنى على جواز الكفارة قبل الحنث وقول ابن الماجشون مبنى على منع التكفير قبل الحنث وقد اختلف فى هذا قول مالك (مسئلة) فان كانت حائضا لم يوقف لها حتى تطهر قاله ابن الماجشون فى المبسوط وقال ابن القاسم وابن كنانة فى المدنية انه يوقف الا ان فاء فحكمه حكم المريض وقد تقدم توجيه القولين (فرع) فاذا قلنا تجزئه الكفارة قبل الحنث فكانت الرقبة التى حلف بها معينة أو المال الذى حلف بصدقته معينا فانها تجزئه قاله مالك وابن القاسم (فرع) فان كانت الرقبة غير معينة أو صدقة بقدر من المال غير معين أو كانت يمينه بالله عز وجل فكفر قبل الحنث ففى الموازية عن مالك تجزئه و بعد الحنث أحسن وفى المبسوط عن مالك لا يبرئه ذلك من الايلاء حتى يطأ لأنى أخاف أن يكون كفر عن غيرها وقال محمد بن يزيد فى الاحكام و زوال حكم الايلاء عنه وأما فيما بينه و بين الله فيجزئه أن يكفر قبل الحنث ومعنى ذلك ما قاله مالك رحمه الله تعالى فيما تقدم أنه اذا لم تكن كفارة الايلاء معينة جوزنا عليه قصد الاضرار وان يعتق و يكفر عن معين متقدم وجب عليه ولا يكفر عن ايلائه بل يبقيه اضرارا لها هذا وجه رواية المنع وأما رواية الجواز فانه أقصى ما يمكنه فى ذلك والتهمة فى مثل هذا تبعد لأنه ان كان له عذر فالعذر وحده يمنع تعجيل الطلاق عليه فكيف اذا قارنته الكفارة وان كان لا عذر له طولب بالوطء الذى يصحح كون هذه الكفارة للايلاء والله

أعلم (مسئلة) فان كان مقيما خاليا من عذر فقال أنا أفىء فاء بلسانه وهو يقدر على الكفارة قال مالك يختبر المرة والمرتين فان فاء والا طلق عليه (مسئلة) فان كان أجل الايلاء مما يضر به الحاكم وانقضى الاجل ولم يفعل ما أدخل عليه الايلاء ففى المدنية من رواية زياد بن جعفر عن مالك اذا انقضى الأجل ولم يقضه حقه فرق بينهما ولا يقبل منه أن يقول غدا أقضيه و بعد غد أقضيه ووجه ذلك أنه أجل للايلاء كالمقدر بالشرع

(فصل) وقوله فاما فاء والا طلق عليه والفيئة للمتمكن من الوطء انما هي بالوطء أو بالكفارة فأما الوطء فلا يجزئه منه وطء فى غير الفرج ولا تقبيل ولا ملامسة قاله مالك وقد قال انه ان حلف أن لا يطأ امرأته ولم ينو الفرج فانه يحنث اذا وطئ بين الفخذين ولا خلاف انه اذا أتى بما يحنث به فقد بطلت يمينه واذا ابطلت يمينه لم يبق ايلاء وما يمكن أن يتعلق به من أنه أراد الفرج أو لم يرده مصروف الى نيته وهو أعلم بما يجب عليه فيه كفارة فأما فيما بينه و بين الزوجة فلم يخرج عن حكم الايلاء لانه يدعى أنه لم يرد الفرج فلا تقبل نيته فى اسقاط حكم الايلاء عن نفسه وتقبل فى ايجابه الكفارة على نفسه كما أنها لو كانت يمينه بالله فكفر عن يمينه بزعمه لم يقبل ذلك منه فيما بينه و بين الزوجة و بالله التوفيق

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أن سعيد بن المسيب وأبا بكر بن عبد الرحمن كانا يقولان فى الرجل يولى من امرأته انها اذا مضت الأربعة الأشهر فهى تطليقة ولزوجها عليها الرجعة ما كانت فى العدة * مالك انه بلغه ان مروان بن الحكم كان يقضى فى الرجل اذا آلى من امرأته انها اذا مضت الأربعة الأشهر فهى تطليقة وله عليها الرجعة مادامت فى عدتها قال مالك وعلى ذلك كان رأى ابن شهاب ﴾ ش أظهر مالك رحمه الله خلاف العلماء لما اختاره من التوقيف بعد الاربعة الأشهر وأورد أقوال العلماء فى ذلك بخلاف ما اختاره بان بانقضاء الاربعة الاشهر تقع تطليقة سواء أراد الفيئة بعد ذلك أو لم يردها وهذا فعل مثله من أهل الدين والفضل والتوسع فى العلم وذلك يقتضى ما حكى عنه شيوخنا انه وان كان يعتقد ان الحق فى أحد القولين الا أنه لا يقطع بان اختياره هو الصواب وانما يعتقد ان ما اختاره هو الصواب كما ان الحاكم يحكم بشهادة الشاهدين وان لم يقطع انهما قد شهدا بالحق لزمه الحكم به والله أعلم ص ﴿ قال مالك فى الرجل يولى من امرأته فيوقف فيطلق عند انقضاء الاربعة الأشهر ثم يراجع امرأته انه ان لم يصبها حتى تنقضى عدتها فلا سبيل له اليها ولا رجعة له عليها الا أن يكون له عذر من مرض أو سجن أو ما أشبه ذلك من العذر فان ارتجاعه اياها ثابت عليها فان مضت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك فانه ان لم يصبها حتى تنقضى الاربعة الاشهر وقف أيضا فان لم يفىء دخل عليه الطلاق بالايلاء الأول اذا مضت أربعة أشهر ولم يكن له عليها رجعة لأنه نكحها ثم طلقها قبل أن يمسها فلا عدة له عليها ولا رجعة ﴾ ش وهذا كما قال ان من وقف بعد أجل الايلاء فيطلق فان له أن يراجع وقال أبو حنيفة طلاق المولى طلقة بائنة والدليل على ما نقوله انه طلاق فى المدخول بها عراعن العوض ولم يستوف العدة فوجب أن لا يكون بائنا أصل ذلك سائر الطلاق

(فصل) وقوله ان لم يصبها حتى تنقضى عدتها فلا سبيل اليها ولا رجعة له عليها يريد ان اصابتها شرط فى صحة رجعته وقال الشافعى رجعته صحيحة وان لم يصبها والدليل على ما نقوله انه انما طلق عليه لامتناعه من الوطء مع بقاء الايلاء وهذا المعنى موجود فى حال الرجعة فاذا كان يهدم النكاح الذى صح وتقرر حكمه وثبت فبان يمنع صحة الرجعة أولى وانما يدعى بالرجعة الفيئة فاذا أكذب نفسه بالامتناع من ذلك مدة العدة بطلت الرجعة ولم يثبت لها حكم (مسئلة) فلو كانت مستحاضة فمضت

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب أن سعيد بن المسيب وأبا بكر بن عبد الرحمن كانا يقولان فى الرجل يولى من امرأته انها اذا مضت الاربعة الاشهر فهى تطليقة ولزوجها عليها الرجعة ما كانت فى العدة * وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن مروان بن الحكم كان يقضى فى الرجل اذا آلى من امرأته انها اذا مضت الاربعة الاشهر فهى تطليقة وله عليها الرجعة مادامت فى عدتها * قال مالك وعلى ذلك كان رأى ابن شهاب قال مالك فى الرجل يولى من امرأته فيوقف فيطلق عند انقضاء الاربعة الاشهر ثم يراجع امرأته انه ان لم يصبها حتى تنقضى عدتها فلا سبيل له اليها ولا رجعة له عليها الا أن يكون له عذر من مرض أو سجن أو ما أشبه ذلك من العذر فان ارتجاعه اياها ثابت عليها فان مضت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك فانه ان لم يصبها حتى تنقضى الاربعة الاشهر وقف أيضا فان لم يفىء دخل عليه الطلاق بالايلاء الاول اذا مضت الاربعة الاشهر ولم يكن له عليها رجعة لانه نكحها ثم طلقها قبل أن يمسها فلا عدة له عليها ولا رجعة

بعد رجعتها أربعة أشهر لم يوقف ثانية وانما ينتظر به انقضاء العدة فان وطئ فيها والا بطلت رجعته وان كان بقي من مدة اليمين شئ وان انقضت مدة اليمين قبل العدة صحت رجعته وان لم يطأها في العدة قاله مالك (مسئلة) فان قال الزوج قد وطئتها وقالت الزوجة انه لم يطأها فقد قال مالك القول قول الزوج ووجه ذلك انه متى ادعى الزوج الوطء ليدفع به الفرقة فالقول قوله كالمعترض (فرع) ومعنى ذلك أن لا يكون له عذر فان كان له عذر من مرض أو سجن أو سفر فان رجعته ثابتة عليها فاذا زال العذر بقدومه من سفره أو افاقته من مرضه أو انطلاقه من سجنه فمكن منها وأبى الوطء فرق بينهما ان كانت العدة قد انقضت قاله مالك في المدونة والمبسوط وقال عبد الملك وتكون بائنا منه من يوم انقضت العدة ووجه ذلك ما قدمناه من مراعاة عذره وأن يكون ما تقدم من الحكم في ذلك مراعاة فان صدق عذره بالفيئة اذا أمكنه حكم بصدقه فيما مضى وان أكذب ما ادعاه من الفيئة فالامتناع حين القدرة عليها حمل أمره على الكذب فيها والرد وأمضيت الاحكام على ما كانت تجب في ذلك الوقت (فرع) قال مالك ولا عدة عليها الآن قال ابن القاسم وحمل ذلك عندي ان زوجها لم يخل بها في العدة فان خلا بها في العدة فعليها عدة الازواج ولا رجعة له عليها فيها بمنزلة زوج خلا بزوجته وتقاررا على انه لم يصبها ثم طلقها فان عليها العدة للازواج ولا رجعة له عليها ص ﴿قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف بعد الاربعة الاشهر فيطلق ثم يرتجع ولا يمسها فتنقضي أربعة أشهر قبل أن تنقضي عدتها انه لا يوقف ولا يقع عليه طلاق وانه ان أصابها قبل أن تنقضي عدتها كان أحق بها وان مضت عدتها قبل أن يصيبها فلا سبيل له اليها قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك﴾ ش وهذا كما قال انه اذا طلق عليه لامتناعه من الفيئة فارتجع في العدة فانه لا يوقف مرة أخرى غير التوقيف الأول ولا يطلق عليه طلاق آخر وانما يكون أمره مراعى فان مس في العدة صحت الرجعة وبطل الايلاء لوجود الحنث فيه وان لم يطأ في العدة مع ارتفاع الموانع بطلت الرجعة وقال الشافعي ان راجع في العدة فمضت أربعة أشهر ولم يطأ وقف مرة أخرى فان فاء والا طلقت عليه طلقة بائنة فان ارتجع وفعل فحسب ذلك من التوقيف والطلاق حتى يكمل ماله فيها من الطلاق والدليل على ما نقوله ما يأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله (مسئلة) ولو أبى الفيئة فطلقت عليه فتزوجها بعد انقضاء العدة فأرادت أن توقفه ثانية فان لها أن توقفه بعد أربعة أشهر من يوم يتزوجها الزوج الثاني وجه ذلك ان الايلاء ينعقد قبل النكاح كما ينعقد في الاجنبية لكن الاربعة الأشهر لا يعتد بها الا من مدة الزوجية فمن آلى من أجنبية ثم تزوجها اعتد بأربعة أشهر من يوم تزوجها وهو من يوم يمكنه الاستمتاع بها ويجب لها عليه حق الزوجية من الجماع وغيره فأما قبل ذلك فانه لا يجوز وطؤها ولا يتعلق لها عليه بذلك حق فاذا طلقها وخرجت العدة بطل حكم الأربعة الأشهر لان المطالبة بالوطء لا تصح فاذا تزوجها بعد ذلك عاد حكم الأشهر لما قدمناه (فرع) فاذا لم يفئ بعد انقضاء الأشهر طلقت عليه ولم يكن له عليها رجعة لانه طلاق في نكاح ثم يوجد فيه بناء فوجب أن يكون بائنا (مسئلة) ومن أبى الفيئة بعد انقضاء الأشهر فطلقت عليه فتزوجها بعد انقضاء عدتها وقد بقي عليه من مدة يمينه أشهر فلما تزوجته أرادت توقيفه قال مالك ليس لها ذلك لان هذا نكاح مستأنف وانما عاد عليه الايلاء من أوله فليس لها أن توقفه حتى تمضي أربعة أشهر منه وهو باق على حكم يمينه ولو لم يبق من مدة يمينه الا أربعة أشهر فأدنى لم يكن عليه ايلاء والله أعلم وأحكم ص ﴿قال مالك في الرجل يولي من امرأته ثم يطلقها فتنقضي الأربعة الأشهر قبل انقضاء عدة الطلاق قال هما طلقتان ان هو وقف ولم يفئ وان مضت

*قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف بعد الأربعة الأشهر فيطلق ثم يرتجع ولا يمسها فتنقضي أربعة أشهر قبل أن تنقضي عدتها انه لا يوقف ولا يقع عليه طلاق وانه ان أصابها قبل أن تنقضي عدتها كان أحق بها وان مضت عدتها قبل أن يصيبها فلا سبيل له اليها وهذا أحسن ما سمعت في ذلك

* قال مالك في الرجل يولي من امرأته ثم يطلقها فتنقضي الاربعة الاشهر قبل انقضاء عدة الطلاق قال هما طلقتان ان هو وقف ولم يفئ وان مضت

عدة الطلاق قبل الأربعة الأشهر فليس الايلاء بطلاق وذلك ان الأربعة الأشهر التي كانت يوقف
بعدها مضت وليست له يومئذ بامرأة * ش وهذا كما قال وذلك ان المولى منها يصح ايقاع الطلاق
عليها لانها زوجة ولا يبطل طلاقه حكم الأشهر لانه طلاق رجعي يلحق فيه الطلاق والظهار فلحق
فيه حكم الايلاء فاذا انقضت الاشهر وهي في عدتها انها توقفه ان شاءت واذا كان لها ان توقفه فان
فاء فحكم الفيئة أن يرجع فيطأ فان لم يفعل ذلك طلقت عليه بالايلاء وكانت مع الطلقة التي أوقعها
تطليقتين على ماذكر قال في المبسوط فاذا أوقفه الامام فلا بد أن يفيء أو يطلق بعد ولا يجزى
عنه مامضى من الطلاق والله أعلم (مسئلة) وقوله فان مضت عدة الطلاق قبل الاربعة الاشهر
فليس الايلاء بطلاق يريد ان الطلاق الذي أوقعه ان انقضت عدته قبل انقضاء الاشهر فقد بطل حكم
الاشهر لانها قد بانت منه ولم يبق لها عليه حق مطالبة بوطء ولذلك قال وليست له بامرأة يريد بذلك
ماقلناه ص * قال مالك ومن حلف أن لا يطأ امرأته يوما أو شهرا ثم مكث حتى ينقضي أكثر من
الأربعة الأشهر فلا يكون ذلك ايلاء انما يوقف في الايلاء من حلف على أكثر من الأربعة الأشهر
فأما من حلف أن لا يطأ امرأته أربعة أشهر أو أدنى من ذلك فلا أرى عليه ايلاء الا انه اذا جاء الأجل
الذي يوقف عنده خرج من يمينه ولم يكن عليه وقف * ش وهذا كما قال ان من حلف أن لا يطأ
امرأته أربعة أشهر فما دونها لم يلزمه حكم الايلاء وقال أبو حنيفة من حلف على أربعة أشهر فزائدا لزمه
الايلاء وقال النخعي والحسن وابن سيرين من حلف أن لا يطأ زوجته يوما أو أقل من ذلك أو أكثر ثم
تركها دون أن يطأها أربعة أشهر فقد بانت منه بالايلاء والدليل على صحة ما نقوله انه له تربص أربعة
أشهر فاذا انقضت العدة التي منعت يمينه من الوطء فيها قبل وقت التوقيف لم يجب أن يوقف لان يمينه
لم تتناول المنع من الوطء في هذه المدة فكان بمنزلة من لم يحلف فلم يزل توقيفه ولذلك قال مالك لانه اذا
جاء الأجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه يريد ان المدة التي تناولتها يمينه قد انقضت فلم يكن عليه
توقيف (مسئلة) ومن حلف أن لا يطأ امرأته حتى يقضي غريمه حقه أو يفعل كذا كان ذلك
الفعل مما يقدر عليه أو لا يقدر عليه فهو مول في ذلك كله قاله مالك في المبسوط ووجه ذلك عندي
انه قد حلف يمينا يمنع وطأها ولا يصل الى ذلك الا بحنث فيها فوجب عليه حكم من عمل أو غرم مال كما لو
حلف أن لا يطأها جملة قال مالك في المدنية اذا زاد على الأربعة الأشهر وقف فاما فاء واما طلق
(مسئلة) ومن حلف أن لا يطأ امرأته حتى يخرج الى الحج أو الى بلد يتكلف له سفرا قريبا أو بعيدا
فقد قال ابن القاسم في الذي يقول والله لا أطؤك في هذا المصر أو في هذه البلدة هو مول لانه قال لا
أطؤك حتى أخرج منها فاذا كان خروجه يتكلف فيه المؤنة والكلفة فهو مول ومعنى ذلك والله
أعلم أن يريد به الانتقال والخروج بها الى موضع تلحقه مؤنة ونفقة بالانتقال اليه وأما لو أراد به
الخروج من نفس حاضرته الى موضع يقرب منها كالخروج الى جنته أو مزرعته القريبة فهذا بمنزلة
قوله والله لا أطؤك حتى أكلم فلانا وفلان حاضر وحتى أدخل الدار والدار قريبة المكان منه
(فرع) فان كانت مسافة السفر أكثر من أربعة أشهر طلقت عليه عند انقضاء الأربعة الاشهر ولم
يخير ولم ينتظر اذا طلبت ذلك (مسئلة) ومن حلف أن لا يطأ امرأته في هذه السنة الا مرة واحدة
قال ابن القاسم لا يكون موليا مالم يطأها فان وطئها وقد بقي عليه من السنة أكثر من أربعة أشهر فانه
يكون موليا وروى عنه ابن المواز رواية ثانية انه اذا مضت له أربعة أشهر من وقت يمينه وقف فاما
ان يفيء والا طلقت عليه قال وهذا أحب الينا (مسئلة) ومن حلف أن لا يطأ امرأته كذا

عدة الطلاق قبل الاربعة الاشهر فليس الايلاء بطلاق وذلك ان الاربعة الاشهر التي كانت يوقف بعدها مضت وليست له يومئذ بامرأة * قال مالك ومن حلف أن لا يطأ امرأته يوما أو شهرا ثم مكث حتى ينقضي أكثر من الاربعة الاشهر فلا يكون ذلك ايلاء وانما يوقف في الايلاء من حلف على أكثر من الاربعة الأشهر فأما من حلف أن لا يطأ امرأته أربعة أشهر أو أدنى من ذلك فلا أرى عليه ايلاء الا أنه اذا دخل الأجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه ولم يكن عليه وقف

وكذا وطأة روى عيسى عن ابن القاسم هو مول وأجله من يوم حلف ووجه ذلك انه يحنث بوطئه واحدة منها ص ﴿ قال مالك من حلف لامرأته أن لا يطأها حتى تفطم ولدها فان ذلك لا يكون ايلاء وقد بلغني ان علي بن أبي طالب رضي الله عنه سئل عن ذلك فلم يره ايلاء ﴾ ش قوله من حلف أن لا يطأ امرأته حتى تفطم ولده لا يكون ايلاء هو قول مالك وقد رواه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومعنى ذلك انه ليس بالايلاء الذي يثبت به حكم الايلاء من توقيف الزوج عند انقضاء أربعة أشهر وان كان اسم الايلاء يقع عليه لانه لا خلاف انه حلف والحلف هو ايلاء بكل حالف مول من جهة اللغة الا ان المولى الذي يلزمه التوقيف هو الذي وجد منه الايلاء الشرعي هو قول مالك وأحد قولي الشافعي وله قول آخر انه مول ولا اعتبار برضاع الولد وبه قال أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ان الايلاء الشرعي تعتبر فيه معان قررها الشرع من أن يكون الحالف انما قصد الاضرار بالزوجة في ذلك لان الله تعالى قد منع من امساك النساء على وجه الاضرار بهن فقال عز وجل ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ويعرف ذلك ويقضي عليه به اذا لم يكن ثم وجه منفعة ولا مانع من الوطء والحالف لا يطأ حتى يفطم ولده لا لولده منفعة في ترك وطء أمه التي ترضعه ولذلك روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن فارس والروم تفعله والغيلة عند مالك أن يطأ الرجل امرأته وهي ترضع فهو وان كان لم ينه عنه فقد نبه بقوله هذا على انه مما يخاف ضرره وانما ترك النهي عنه على وجه من التوكيد لان ضرره ليس بلازم وهذا انما هو اذا كانت الأم ترضعه ولو كانت لا ترضعه وانما يرضعه غيرها لكان عندي حكمها حكم من لا ولد لها فاذا كان لتركه الوطء وجه منفعة سقط عنه حكم الايلاء المتعلق بالمضار ولذلك قلنا انه من منعه من وطئها مرض أو سجن أو مانع يعلم سقط عنه حكم الايلاء حتى يزول عنه ذلك المانع والله أعلم (مسئلة) ومن حلف لامرأته التي ترضع ولده أن لا يطأها سنتين وقال أردت بذلك كمال ارضاع ففي المبسوط عن ابن الماجشون ذلك له ولا يلزمه توقيف ومعنى ذلك انه مول لانه قد يتعلق يمينه بالضرر ان مات ابنه قبل انقضاء السنتين أو فطم قبل ذلك وانما الذي لا يكون به موليا من حلف أن لا يطأ حتى يفطم لانه لا يتعلق يمينه بالضرر على وجه وأما من ضرب لذلك مدة من الزمان فحكمه ما تقدم بيمينه فلزمه التوقيف عند انقضاء أربعة أشهر ووزان مسئلة الرضاع من مسئلة المريض أن يحلف أن لا يطأ ما دام مريضا فهذا يجب أن لا يلزمه توقيف كما أن والد الرضيع لو حلف أن لا يطأ أكثر من عامين لعلم اضراره بيمينه ولزمه التوقيف عند انقضاء أربعة أشهر من وقت يمينه وتكون فيئته بالقول عند التوقيف يصدق ذلك فيئته عند انقضاء الرضاع (فرع) فان مات ابنه وقد بقي من السنتين أكثر من أربعة أشهر ففي المبسوط عن ابن الماجشون يلزمه حكم الايلاء من يوم مات ابنه فاذا انقضت أربعة أشهر من ذلك اليوم وقف ووجه ذلك أنه قد تبين أن يمينه تناولت الاضرار بالزوجة فاعتد بمدة التربص له من يوم لم يبق ليمينه وجه غير الضرر كما لو حلف أن لا يطأ أجنبية ثم تزوجها لكانت مدة التربص من يوم تعلقت يمينه بالضرر وكان لها حق المطالبة بالوطء (مسئلة) ولو ترك الرجل وطء امرأته من غير يمين على وجه الضرر قال القاضي أبو محمد وعرف ذلك منه وطالت المدة أن حكمه حكم المولي وقال مالك لا يترك وذلك ان لم يكن له عذر حتى يطأ أو يفرق بينهما قال القاضي أبو محمد يفرق بينهما من غير ضرب أجل ووجه ذلك عندي انه ليس هناك مانع من يمين ولا غيرها فلم يضرب له أجل تربص والمولي يمنعه اليمين التي تلزمه فضرب له أجل أربعة أشهر ليرى ويتسبب في الخروج عن اليمين التي

قال مالك من حلف لامرأته أن لا يطأها حتى تفطم ولدها فان ذلك لا يكون إيلاء وبلغني أن علي بن أبي طالب سئل عن ذلك فلم يره ايلاء

لزمه وقد قال مالك وأصحابه في المريض يولي من امرأته انه يوقف عند انقضاء أربعة أشهر فان فاء بلسانه أجزأه ذلك حتى يفيق والفرق بينه وبين والد المرضع ان والد المرضع لرضاع ولده غاية معلومة قد علق يمينه بها فكأنه حلف على مدة الرضاع والمريض ليس لمرضه مدة مؤقتة فاذا علق يمينه بمدة تزيد على أربعة أشهر فقد قصد الاضرار

﴿ ايلاء العبد ﴾

ص ﴿ مالك انه سأل ابن شهاب عن ايلاء العبد فقال هو نحو ايلاء الحر وهو عليه واجب وايلاء العبد شهران ﴾ ش قوله ايلاء العبد نحو ايلاء الحر وهو عليه واجب يريد انه نحو ايلاء الحر في لزومه حكم الأيمان واعتبار مدة التربص والتوقيف عند انقضائها مع بقاء اليمين فان فاء والا طلق عليه ووجه ذلك أن ايلاءه تعلق بالمنع من الوطء عاريا عن العذر والمنعة مدة تزيد على مدة التربص

(فصل) وقوله وايلاء العبد شهران هو قول مالك سواء كانت تحته حرة أو أمة وقال أبو حنيفة ايلاء العبد من الأمة شهران ومن الحرة أربعة أشهر وقال الشافعي ايلاؤه منهما أربعة أشهر والدليل على ما نقوله ما استدل به القاضي أبو محمد ان مدة الايلاء يتعلق بها حكم البينونة فوجب أن لا يساوي فيه الحر العبد أصل ذلك الطلاق (مسئلة) وان آلى العبد ثم عتق مكانه بقي على حكم ايلاء العبيد ولم ينتقل عن ذلك بان عتق بعد ان لزمه ووجب عليه كما انه لو زنى في حال الرق ثم أعتق لم ينتقل حده عن حد العبد الى حد الحر

﴿ ظهار الحر ﴾

الظهار هو وصف المظاهر من يحل له وطؤها من زوجة أو أمة بانها عليه كظهر امه وله في الشرع ألفاظ وأحكام تختص به قال مالك في المبسوط الظهار يمين تكفر وفي المدونة ان مطلق الظهار ليس بيمين وانما يكون يمينا اذا قال ان فعلت كذا فأنت علي كظهر أمه والظهار محرم قاله القاضي أبو محمد والدليل على ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم ان أمهاتهم الا اللائي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا ففي الآية دليلان أحدهما انكار ما قالوا وتكذيبه والثاني انه وصفه بانه منكر وزور قال القاضي أبو اسحاق ومن ظاهر أدب لقوله المنكر وألزمه (مسئلة) والظهار تحريم الوطء المباح من الزوجة والأمة وهل يحرم عليه الاستمتاع بالقبلة والنظر والمباشرة وغير ذلك اختلف أصحابنا في ذلك فقال مالك في المدونة لا يقبل ولا يباشر ولا يلمس ولا ينظر الى صدر ولا شعر وفي المختصر الكبير ولا الى شئ منها حتى يكفر قال مالك لان ذلك لا يدعو الى خير ولا بأس أن يكون معها في بيت اذا كان ممن يؤمن وفي التفريع لابن الجلاب لا يقبل ولا يباشر ولا بأس أن ينظر الى الرأس والوجه واليدين وسائر الأطراف قبل أن يكفر ومن أصحابنا من حمل ذلك على التحريم كالوطء وبه قال القاضي أبو محمد ومنهم من حمله على الكراهية لئلا يدعو الى الجماع وبه قال الشافعي وقال عبد الملك في المبسوط في المتظاهر يقبل ويباشر وينظر الى الصدر والشعر والمحاسن ان ذلك على وجه الكراهية لذلك كله كالتغيير في الجماع الذي لا يحل لمن لم يكفر نحو كراهيتهم القبلة للشاب الصائم والملامسة وجه القول الاول ما احتج به الشيخ أبو بكر ان كل معنى طرأ على النكاح منع الوطء من أجل تحريم حادث فانه يمنع

﴿ إيلاء العبد ﴾
* حدثني يحيى عن مالك انه سال ابن شهاب عن ايلاء العبد فقال هو نحو ايلاء الحر وهو عليه واجب وايلاء العبد شهران

﴿ ظهار الحر ﴾

الاستمتاع كله واللذة بقبلة وغيرها كالطلاق الرجعي والاعتكاف والاحرام ووجه القول الثاني انها زوجة منع وطؤها لمعنى ليس لعبادة ولا يفضي الى بينونة فلم يمنع الاستمتاع بغير الوطء كالحيض والعبادات التي تمنع الزوج من الاستمتاع اذا اختصت بالزوجة فانما يمنع الزوج منها ما يفسد على الزوجة عبادتها ولذلك لا يمنع من الاستمتاع بالنظر اليها وليس في الظهار شئ من ذلك فانما يمنع من ذلك في حقه لئلا يحركه الى مواقعة المحرم من الوطء فاذا قلنا انه ينظر الوجه واليدين فان معنى ذلك أن ينظر لغير وجه الاستمتاع يبين ذلك ما في المدونة قيل لمالك أينظر الى وجهها قال نعم وغيره أيضا قد ينظر الى وجهها (فرع) فان قبل أو باشر فقد قال سحنون من قبل أو باشر في شهري الصيام عن كفارة الظهار قطع ذلك التتابع وقال أصبغ لا يقطع ذلك التتابع ورجع اليه سحنون ويصح أن يكون القولان مبنيين على ما تقدم (مسئلة) فان كان الظهار مطلقا فتعريه مطلق لاستباحة الابعد الكفارة وان كان مقيدا مثل أن يقول أنت علي كظهر أمي اليوم فلا خلاف في ثبوت الظهار من اليوم وهل يبطل بانقضاء اليوم أم لا المشهور انه باق بعد اليوم حتى يكفر كالطلاق وقاله مالك في المبسوط قال ابن شعبان يطؤها دون كفارة أحب الي وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه لا يتعلق به حكم الظهار ودليلنا ان هذا لفظ يحرم به الوطء فوجب أن يكون تقييده كاطلاقه كالطلاق

(باب فأما ألفاظه فأصلها أنت علي كظهر أمي)

الأصل في ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم ان أمهاتهم الا اللائي ولدنهم ثم قال والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فهذا اللفظ المستعمل يختص بأمرين بالأم والظهر فان عدل عن هذا اللفظ فانه يقع العدول عنه على ثلاثة أوجه أحدها أن يعلق التشبيه بعضو من الأم غير الظهر والثاني أن يعلقه بظهر غير الأم والثالث أن يعلقه بعضو غير الظهر من امرأة غير الأم (مسئلة) فأما ان شبه امرأته بعضو من أمه مثل أن يقول أنت علي كرأس أمي أو يقول كالبطن أو الفرج أو القدم أو الفخذ أو العضد ففي المدونة يكون مظاهرا في ذلك كله قال القاضي أبو محمد ومن شبه امرأة ببعض أمه فهو مظاهر خلافا للشافعي في قوله لا يكون مظاهرا الا بتشبيه بالظهر ولابي حنيفة قال لا يكون الظهار الا في تمثيله بعضو من أمه يحرم عليه النظر اليه والدليل على ما نقوله انه عضو من ذات محرم أثبت لامرأته حكمه فوجب أن يكون مظاهرا كالظهر (فرع) وان أثبت للجملة حكم الجلة فقال أنت علي كأمي فقد قال مالك هو مظاهر قال الشيخ أبو القاسم كانت له نية أو لم تكن قال ابن القاسم وكذلك اذا قال لها أنت أمي قال القاضي أبو محمد خلافا لابي حنيفة والشافعي في قولهما ان لم ينو الظهار فانه محمول على البر والكرامة وهذا يقتضي أن يكون مظاهرا ان لم تكن له نية جملة وأما ان كانت له نية الاكرام والبر فيجب أن لا يكون مظاهرا والدليل على ما نقوله انه وجد منه تشبيه امرأته بأمه دون نية تصرف ذلك عن التحريم فوجب أن يكون مظاهرا هذا أصل ذلك اذا قال لها أنت علي كظهر أمي (فرع) فان قال لها أنت علي حرام كأمي أو مثل أمي أو كظهر أمي حكى القاضي أبو محمد انه يكون ظهارا ولم يشترط نية وفي العتبية وكتاب ابن المواز عن مالك انه مظاهر ان لم تكن نية له خلافا للشافعي وأبي يوسف ومحمد والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضي أبو محمد انه قد أتى بصريح الظهار وهو قوله أنت علي كظهر أمي فلم يكن طلاقا كما لو عراه عن لفظ التحريم

(فرع) وقوله أنت على أحرم من أمي ان لم ينو الطلاق في العتبية والموازية عن مالك هو مظاهر وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في قوله أنت على أحرم من أمي انها البتة وقال عبد الملك بن الماجشون في قوله أنت على أحرم من أمي انه ظهار وان نوى الطلاق وجه قول مالك ان اللفظ يحتمل الطلاق و يحتمل الظهار الا أنه في الظهار أبين لانه انما استعمل تشبيه الزوجة بالأم في الظهار فحمل على ما يصلح أن يراد به فاذا عدمت النية حمل على الأظهر ووجه قول ابن القاسم ان لفظ التحريم يقتضي الطلاق البائن والتشبيه بالأم يقتضي الظهار واذا تردد الحكم بين التغليظ والتخفيف حمل على أشدهما كمن شك في طلقة أو ثلاث فانه يحمل على الثلاث ووجه قول عبد الملك ان التشبيه بالأم قرر الشارع به حكم الظهار فلا يخرجه عن بابه لفظ التحريم لان المبتدئ بالظهار في أول الاسلام انما قصد التحريم فحكم الله عز وجل فيه بالظهار هذا الذي احتج به ابن الماجشون (مسئلة) وأما اذا علقه بظهر غير الأم مثل أن يقول أنت على كظهر فلانة فلا يخلو أن تكون المرأة المذكورة من ذوي محارمه أو أجنبية أو ممن يحل له وطؤها من زوجة أو أمة فان كانت من ذوي محارمه فهو مظاهر بذلك في قول مالك وان كانت أجنبية فقد قال مالك هو مظاهر كان لها زوج أو لم يكن لها زوج وقال عبد الملك يكون طلاقا وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون طلاقا ولا ظهارا قال القاضي أبو محمد والدليل على صحة قول مالك انه شبه امرأته بظهر محرمة عليه فلزمه حكم الظهار أصله اذا قال كظهر أمه ووجه قول عبد الملك بالظهار انما يتعلق بتحريم مؤبد ولا يكون ذلك الا برفع عقد الاستباحة وذلك انما يكون بالطلاق وان علقه بظهر من يحل له وطؤها فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما اذا علق بغير الظهر من غير الأم وذلك أن يعلقه بعضو غير الظهر فيقول أنت على كرأس فلانة أو يدها فلا يخلو أن يضاف ذلك الى ذات محرم أو أجنبية فان أضافه الى ذات محرم بنسب أو صهر أو رضاع فان ذلك ظهار فحكمه في الظهار على ما تقدم وكذلك الأجنبية

(باب)

فأما من يظاهر منها فانه يثبت حكم الظهار من كل من يجوز للرجل وطؤها من زوجة أمة أو حرة مسلمة أو كتابية أو ما تملك يمينه من أمة أو أم ولد أو مدبرة قاله في المدونة وفي المختصر الكبير وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون الظهار الا في زوجة والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم قال مالك في المبسوط والسرية من النساء ودليلنا من جهة المعنى أنه فرج مباح له فجاز أن يتعلق به حكم الظهار كالزوجة وفي المبسوط سواء كانت صبية أو محرمة أو حائضا أو رتقاء أو صائمة فهو مظاهر منهن كلهن قاله ابن القاسم (مسئلة) ولو كان له من الامة شقص لم يلزمه فيها ظهار رواه ابن المواز ووجه ذلك أنه لا يحل له الاستمتاع بها لنقص ملكه فيها قال الشيخ أبو القاسم وكذلك حكم المكاتبة والمعتقة الى أجل وكل من لا يحل له الاستمتاع بها من الاماء والله أعلم وقاله ابن الماجشون في المبسوط وجه ذلك أن من لا يحل له الاستمتاع بها لم يتعلق ظهاره بها كالاجنبية

(فصل) وقوله ظهار الحر يريد أن الحر المسلم المكلف الذي يقدر على الاستمتاع يلزمه الظهار سواء كان مالكا لامر نفسه أو كان محجورا عليه فأما المالك لأمر نفسه فسنبين حكمه ان شاء الله تعالى وأما المحجور عليه فانه يلزمه الظهار لأنه مسلم يقدر على الاستمتاع ويصح منه الطلاق فلزمه

الظهار كالمالك لأمره (مسئلة) وأما الذمي فانه لايصح ظهاره خلافا للشافعي والدليل على مانقوله أن كل من لايصح طلاقه فانه لايصح ظهاره كالمجنون والصغير (مسئلة) وأما الخصي والمجبوب والعنين والشيخ الفاني فقد روى ابن سحنون عن أبيه لايلزمهم ظهار ولا ايلاء وكذلك كل من لايقدر على الجماع معناه ولا يرجوه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي أن هذا مبني على أن الظهار لايحرم الاستمتاع بغير الوطء وقد اختلف أصحابنا في ذلك فاذا قلنا ان الظهار يحرم الاستمتاع كما يحرم الوطء وهو ممكن من جميعهم وجب أن يلزمهم الظهار واذا قلنا انه ليس بمحرم لنفسه وانما هو ممنوع لئلا يكون داعية الى الجماع فلا يصح الظهار من المجبوب ولا الخصي ولا العنين لأن الجماع لايتأتى منهم وأما الايلاء فانما يسقط عنهم حكم التوقيف للفيئة لأنهم لايستطيعون عليها ولا يمكنهم فعلها ولا تركها يبين هذا أن الشيخ الفاني لو تحامل وجامع لحنث في ايلائه (مسئلة) فأما السكران فانه يلزمه الظهار حكاه ابن القاسم في المدونة قال لأن مالكا قال يلزمه الطلاق فكذلك الظهار عندي قال ولا يلزم المعتدة ولا الصبي ظهار لأن مالكا قال لايلزمه الطلاق وكذلك المكره وقال محمد في الذي يفيق من سكره فتقول له امرأته تظاهرت مني حال سكرك فيقول لاعلم لي بذلك لايقربها حتى يكفر ص * مالك عن سعيد بن عمرو بن سليم الزرقي أنه سال القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأة ان هو تزوجها قال القاسم بن محمد ان رجلا جعل امرأة عليه كظهر أمه ان هو تزوجها فأمر عمر بن الخطاب ان هو تزوجها أن لايقربها حتى يكفر كفارة المتظاهر * ش قوله في رجل طلق امرأة ان تزوجها فجاوبه بما روى عن عمر بن الخطاب في الظهار يقتضي لزوم الطلاق عنده وانها تطلق عليه ان تزوجها وكذلك الظهار على حسب ما جاوب به عمر بن الخطاب رضي الله عنه فمن ظاهر من امرأة ان تزوجها ثم تزوجها لزمه الظهار ووجب عليه أن يكفر قبل أن يمسها وسيأتي بعد هذا مبينا ان شاء الله تعالى ص * مالك انه بلغه أن رجلا سأل القاسم بن محمد وسليمان بن يسار عن رجل تظاهر من امرأته قبل أن ينكحها فقالا ان نكحها فلا يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر * ش سؤاله عن رجل تظاهر من امرأته قبل أن ينكحها يريد قال لها ان تزوجتك فأنت علي كظهر أمي فهذا التي يلزمه التظاهر منها ان تزوجها وأما لو قال أنت علي كظهر أمي ولم يضف ذلك الى تزوجها لم يلزمه شيء وروى ابن مزين عن عيسى بن دينار أن معنى قول القاسم بن محمد وسليمان بن يسار أن السائل كان قد قال ان تزوجتك وأما ان لم يقل ذلك فلا ظهار عليه اذا تزوجها وقال الشافعي والثوري لايلزمه ظهار في الوجهين والدليل على مانقوله أن هذا أضاف الظهار الى حال الزوجية فوجب أن يلزمه اذا وجدت الزوجية أصله اذا قال ذلك لزوجته (مسئلة) وقال مالك في رجل ذكر له نكاح امرأة فقال هي أمي فهو مظاهر ووجه ذلك أنه مستند الى ماعرض عليه من أن يتزوجها فكأنه قال ان فعلت ذلك فهي أمي وأما لو قال لها ذلك يريد أن يصفها بالكبر فعندي انه لايلزمه بذلك ظهار ولا غيره

(فصل) وقوله ان نكحها فلا يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر يريد رضي الله عنه أن بعقد النكاح تتعين عليه الكفارة لما وجدت منه العودة المصححة للكفارة قبل المسيس لقوله عز وجل من قبل أن يتماسا وأما لو كفر قبل أن يتزوجها فانه لايجزئه لأن العودة لاتصح منه وهي شرط في صحة الكفارة ص * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال في رجل تظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة انه ليس عليه الا كفارة واحدة * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن مثل

* حدثني يحيى عن مالك عن سعيد بن عمرو بن سليم الزرقي أنه سال القاسم ابن محمد عن رجل طلق امرأة ان هو تزوجها فقال القاسم بن محمد ان رجلا جعل امرأة عليه كظهر أمه ان هو تزوجها فأمره عمر بن الخطاب ان هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المتظاهر * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن رجلا سأل القاسم ابن محمد وسليمان بن يسار عن رجل تظاهر من امرأته قبل أن ينكحها فقالا ان نكحها فلا يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر * وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال في رجل تظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة انه ليس عليه الا كفارة واحدة * وحدثني عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن مثل

ذلك * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا ﴾ ش معنى ذلك انه من قال لأربع نسوة له أنتن على كظهر أمى انه متظاهر بهذا اللفظ من جميعهن ويجزئه فى ذلك كفارة واحدة خلافا لأحد قولى الشافعى وأبى حنيفة لأن يمينه واحدة وظهاره واحد فلم يلزمه به الا كفارة واحدة كما لو حلف يمينا واحدة لا ألبس الثوب ولا آكل الخبز ولا أدخل الدار ثم حنث لم تلزمه الا كفارة واحدة يدل على ذلك أنه لا يمكنه أن يحنث فى احداهن دون الاخرى (فرع) فان وطئ واحدة منهن فقد حنث فى جميعهن ولم يجز له أن يقرب واحدة منهن حتى يكفر لوجوب تقديم الكفارة على المسيس فان كفر عن واحدة منهن فقد بطل حكم الظهار وجاز أن يطأ سائرهن دون كفارة تلزمه وان لم ينو بكفارته الا الاولى قاله كله فى المدونة ووجه ذلك ما قدمناه من انها يمين واحدة فلم يجب عليه بها غير كفارة واحدة (مسئلة) ولو أفرد كل واحدة منهن بلفظ ظهار فى مجلس أو مجالس فيقول لاحداهن أنت على كظهر أمى ثم يقول للاخرى وأنت على كظهر أمى ثم قال للثالثة كذلك ويقول للرابعة كذلك لوجب عليه لكل واحدة منهن كفارة كاملة بالعودة كمن حلف لا يأكل الطعام ثم حلف لا يلبس الثوب ثم حلف لا يدخل الدار فحنث لزمته بكل يمين كفارة كاملة (مسئلة) ومن قال لامرأته أنت على كظهر أمى ثم قال لأخرى أنت على مثلها فقد قال ابن القاسم فى المدونة عليه فى كل واحدة منهما كفارة واحدة ووجه ذلك انه قد أفرد كل واحدة منهما بظهار يخصها لا يحصل به حانثا فى الأخرى (مسئلة) ومن قال لأربع نسوة من دخلت منكن الدار فهى على كظهر أمى ففى المدونة عن ابن القاسم عليه أربع كفارات ان دخلن كلهن الدار فى كل واحدة منهن كفارة ولو قال ان دخلتن الدار فأنتن على كظهر أمى فانه لا يلزمه فى جميعهن الا كفارة ووجه ذلك انه اذا قال من دخلت منكن الدار فهى على كظهر أمى فقد أفرد كل واحدة منهن بحكم نفسها ولذلك ان دخلت احداهن الدار لم يكن مظاهرا فى غيرها ويكون مظاهرا فى التى دخلت خاصة فثبت بذلك أن اللفظ يقتضى افراد كل واحدة منهن بظهار يخصها واذا كان الظهار يخصها لزمت فيه كفارة واحدة واذا قال لهن ان دخلتن الدار فأنتن على كظهر أمى فانه ان دخلت احداهن الدار ثبت حكم ظهاره من جميعهن ولم يثبت له حكم الظهار عند الشافعى حتى يدخل جميعهن فقد وقع الاتفاق على أن لا ينفرد دخول واحدة منهن بظهار يخصها دون غيرها فثبت بذلك أن هذه يمين واحدة فى جميعهن واليمين الواحدة لا يجب بها غير كفارة واحدة (فرع) وأما اذا قال كل من دخلت منكن الدار فهى على كظهر أمى فالظاهر من المذهب انها بمنزلة قوله من دخلت منكن الدار فهى على كظهر أمى رواه ابن المواز وفى العتبية من رواية ابن القاسم انه ان قال ذلك فانه تجزئه كفارة واحدة ويحتمل أن يريد بذلك أن حكم كل امرأة أتزوجها مخالف لحكم قوله من تزوجت منكن وانه بمنزلة قوله ان تزوجتكن ويحتمل أن يريد أن الباب كله باب واحد لا يجب فى ذلك الا كفارة وما قدمناه أولا أصح والله أعلم

ص ﴿ قال مالك قال الله تبارك وتعالى فى كفارة المتظاهر فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ﴾ ش قوله سبحانه وتعالى فى كفارة المتظاهر فتحرير رقبة يقتضى أن الرقبة تجزئ فى كفارة الظهار ولها صفات الاسلام والسلامة فأما الاسلام فانه لا يجزى فى كفارة الا رقبة مؤمنة وأما الكافر فلا يجزى خلافا لأبى حنيفة فى قوله لا يعتبر فيها الاسلام والدليل على ما نقوله ان هذه رقبة مخرجة على وجه الكفارة فاعتبر فيها الايمان ككفارة القتل ويجزى فى ذلك الصغير والأعجمى على حسب

ذلك * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا قال مالك قال الله تبارك وتعالى فى كفارة المتظاهر فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا

ماتقدم فى كفارة الأيمان بالله تعالى ولو أعتق عن ظهاره منفوسا فلما كبر وجد أخرس أومقعدا أوأصم أوأبكم أومطبقا جنونا فقد روى فى العتبية محمد بن خالد عن داود بن سعيد بن زيد قد أجزأه لانه شئ يحدث وكذلك فى المبيع لا يرد بهذا العيب (مسئلة) ومن قال ان اشتريت فلانا فهو حر عن ظهارى ففى الموازية عن ابن القاسم يجزئه ووجه ذلك انه لم يتعلق به عتق لغير الظهار وانما يتعلق به الظهار فوجب أن يجزئه وبذلك يخالف من قال ان اشتريت فلانا فهو حر ثم اشتراه عن ظهاره فقد قال ابن القاسم فى المدونة لا يجزئه وذلك انه قد تقدم له فيه عقد عتق لازم لغير الظهار وفى مسئلتنا لم يتقدم له فيه عتق الا للظهار فكان ذلك بمنزلة من يشترى عبدا ونيته أن يعتقه للظهار وروى ابن أبى زيد عن ابن القاسم فى المرأة تعطى زوجها رقبة يعتقها عن ظهاره أوثمنها ان كان ذلك بشرط العتق لم يجزه وان كان بغير شرط أجزأه لان هذا أيضا قد شرط عليه عتقه للظهار من يملكه فكأنه هو الذى أثبت فيه العتق دون المظاهر وفى مسئلتنا بخلافه لانه هو الذى أثبت فيه عتق الظهار (مسئلة) ومن أعتق عبدا عن ظهاره وهو انما يملك نصفه ففى الموازية عن ابن القاسم يجزئه وتلزمه القيمة قال أصبغ وسحنون لا يعجبنى هذا وليس أحد من أصحابه عليه وجه قول ابن القاسم ان مالزمه من العتق فى النصف الثانى انما لزمه بسبب العتق الأول فكان له حكمه ألا ترى انه اذا قال له ان اشتريتك فأنت حر عن ظهارى فانه قد لزمه عتقه ومع ذلك فانه اذا اشتراه أجزأه عن ظهاره ووجه القول الثانى ان العتق الثانى وقع بغير اختياره ولم يقصد به العتق عن ظهاره وانما هو لتبعيض العتق فلم يجزه أصل ذلك اذا لزمه عتق عن جميعه ليمين أوغير ذلك (مسئلة) ولو كان له عبد فأعتق نصفه عن ظهاره ثم أعتق باقيه عن ذلك الظهار فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم انه يجزئه وروى ابن حبيب وابن الماجشون عن أصبغ لا يجزئه وجه القول الأول انه مبنى على أصلين أحدهما أن العتق لا يمنع صحة تبعيضه والثانى أن لا يعتق الباقى بالسراية وانما يعتق بعتقه عليه ان أراد ذلك أو يحكم عليه السلطان به ان أباه ووجه القول الثانى انه مبنى على انه لا يصح تبعيضه أوعلى أن النصف الثانى يعتق عليه بالسنة وليس عتقه بموقوف على اختياره فلا يجزئه (مسئلة) ومن أعتق عنه غيره عبدا بغير علمه عن ظهاره فانه يجزئه عند ابن القاسم وقال عبد الملك لا يجزئه وان رضى بذلك بعد العتق وقال أشهب لا يجزى عن الحى وان كان بسؤاله ورغبته وجه قول ابن القاسم انه معنى تجوز فيه النيابة لان طريقه المال ولذلك يجوز أن يعتق عن الميت وسلمه ابن الماجشون ووجه قول ابن الماجشون انه لو باعه منه على أن يعتقه هو لم يجز له ذلك ولو وهبه اياه على أن يعتقه عن ظهاره لم يجزه فكذلك اذا أعتقه عنه والفرق بينهما على قول ابن القاسم انه قد ملك الواهب أوالبائع العتق فى ذلك العبد قبل وقوعه ولزم الموهوب له ايقاعه بالشرط فلذلك لم يجز ألا ترى انه لو باعه من ورثة الميت بشرط عتقه عنه أووهبهم اياه بذلك الشرط لم يجزه والذى أنفذ عتقه على العتق عنه عتقه ولذلك جاز أن يعتقه عن الميت وقد روى فى العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فى المرأة تعطى زوجها الرقبة يعتقها عن ظهاره أوثمن الرقبة ان كان بشرط العتق لم يجزه وان كان بغير شرط أجزأه وذلك لما ذكرناه ورواه فى المدنية عيسى بن دينار وعبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة (فرع) فاذا قلنا يجزئه على قول ابن القاسم فانه قال يجزئه ان لم يدفع فى ثمنه شيأ قال الشيخ أبو محمد فى نوادره يريد كانه اشتراه بشرط العتق ومعنى ذلك ان من اشترى عبدا بشرط العتق لم يجزه عن عتق واجب عليه فعلى هذا انما يجزئه على قول ابن القاسم بشرطين أحدهما

ماتقدم وهو أن لا يدفع اليه فيه ثمنا والثانى أن يرضى المعتق عنه بذلك وان لم يرض بذلك اذا بلغه فقد قال الشيخ أبو عمران لا يجزئه ومعنى ذلك ان نية العتق للظهار معدومة ولم تتعقبها اجازة وهى تقوم مقام النية وفى ذلك شرط ثالث مختلف فيه وهو أن يكون العتق بعد العودة قال ابن القاسم لا يراعى العودة وانما يراعيه عبد الملك وابن الماجشون (مسئلة) وأما السلامة فانها تعتبر فى ذلك كله على حسب ما تقدم فى كفارة الايمان بالله تعالى ولا يختص ذلك بجنس مخصوص من الرقيق ولا ذكورة ولا أنوثة

(فصل) وقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين الوجود هو أن يملك رقبة أو ثمنها أو ما قيمته قدر ثمنها من عرض أو غيره فمن لم يكن عنده الا أمة ظاهر منها فقد قال ابن القاسم لا يجزئه الصيام وكذلك روى عن مالك فيمن يملك من العروض ما يشترى به رقبة أو كانت له دار يسكنها ثمنها قيمة رقبة لا يجزئه الصوم لانه واجد لرقبة معناه مجزئة (مسئلة) والمظاهر الموسر يمكنه العتق فلا يعتق حتى يعدم فيصوم ثم يسر روى ابن المواز عن ابن القاسم ولم يسمعه منه انه قال يعتق وهذا عندى على وجه الاستحباب لان المؤدى لما يجب عليه من حق انما ينظر الى حاله يوم الاداء دون يوم الوجوب وكذلك من ضيع الصلاة وهو قادر على القيام فأراد أن يقضيها حال عجزه عن القيام أداها جالسا ثم ان قوى على القيام لم يلزمه قضاؤها قائما وكذلك من فرط فى الصلاة مع امكان أدائها بالماء ثم قضاها بالتيمم لعدم الماء لم يلزمه قضاؤها ثانيا عند وجود الماء ويحتمل أن يريد به انه لما وجب عليه العتق تعلقت الرقبة بذمته فلما أعسر قبل العتق أمر بالصوم لانه أبلغ ما يمكنه بشرط ان أيسر بالرقبة التى قد تعلقت بذمته كان عليه اخراجها وحكم الأموال فى ذلك غير حكم الأعمال والأول أظهر والله أعلم وقد قال بعض القرويين انما ذلك لمن وطئ فلزمته الكفارة بالعتق ليسره فلم يكفر حتى أعسر فصام فأما ان لم يطأ حتى أعسر فصام ثم أيسر فلا يؤمر بالعتق (مسئلة) ومن بدأ بالصيام لعسره وعدم الرقبة ثم أيسر روى ابن المواز قال مالك فى الحالف والمتمتع اذا شرع فى الصوم ثم أيسر لا يرجع الا أن يشاء وفرق بينه وبين الظهار وقتل النفس وسوى عبد الملك بينهما وقال اذا مضى له اليوم واليومان أحببت له الرجوع فى التمتع والكفارة ومعنى ما قال ابن المواز من تفريق مالك بين الظهار واليمين ما روى زياد بن جعفر عن مالك أن من لم يجد رقبة عن ظهاره فصام يوما أو يومين ثم وجد رقبة فانه يعتق ولو صام النصف أو الثلث أو أياما لها اسم فانه يتم صيامه ولا يعتق وروى ابن عبد الحكم فى المختصر الكبير أنه اذا صام يومين وقال أبو اسحق فى الزاهى يوما ثم أفاد مالا قال يمضى ويجزئه ويعتق أحب الى قال الشيخ أبو بكر انما قال ذلك لان الله تعالى قال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فاذا دخل فى الصوم وهو غير واجد للرقبة مضى فى صومه وأجزأه كالمتيمم يرى الماء بعد التلبس بالصلاة فان قيل لم لا تلزمه العودة الى العتق كالمعتدة بالشهور اذا رأت الحيض انتقلت اليه فالجواب ان المعتدة لم تبطل عدتها الا انها تعتد بما مضى قرءا والواجد للرقبة لو أعتق لبطل ما تلبس به من صومه (مسئلة) ومن صام عن ظهاره لعدم الرقبة فافسد صومه بوطء امرأته بعد ان لم يبق عليه الا يوم واحد فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم فى المدنية ان وجد رقبة حين أفسد صومه يلزمه العتق ولا يجزئه الصوم ووجه ذلك ان الاعتبار بحاله يوم الاداء وهذا لما أبطل ما تقدم من صومه ووجب عليه الاستئناف كان هذا وقت أدائه فلما كان غنيا حين ابتداء الاداء لم يجزه الصوم (مسئلة) ومن قال كل مملوك أملكه الى عشر سنين حر ثم لزمه ظهار وهو موسر فان صبرت امرأته هذه العشر سنين فلا

يصوم وان لم تصبر وقامت به ففرضه الصيام رواه ابن سحنون عن أبيه
(فصل) وأما الصيام فصيام شهرين متتابعين والأصل في ذلك قوله عز وجل فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا وفي هذا حكمان أحدهما التتابع والثاني خلو الشهرين من مجامعة الزوجة المظاهر منها وتقدمها على ذلك فأما التتابع فان يتصل صيامها ولا يفصل بين شيء من ذلك فطر لغير عذر وقد قال ابن المواز من أفطر في سفره في صيام تظاهر ابتدأ وان أفطر لمرض بنى اذا صح والفرق بينهما ان المسافر لم يبح له الفطر لعجزه عنه وانما هو لتخفيف المشقة عليه والتتابع من باب المشقة وقد شرط عليه وأما المريض فانما أبيح له الفطر لعجزه عن الصيام كالحائض وكذلك من أفطر ناسيا لان الناسي معذور والله أعلم وقال الشافعي ان أفطر ناسيا أو مريضا ابتدأ الصيام والدليل على ما نقوله ان هذا معنى لا يمكن الاحتراز منه ولم يوجد باختياره فلم يبطل التتابع كالاحتلام (مسئلة) ومن جامع في صيام ظهاره ناسيا ففي المدونة من رواية عيسى بن دينار عن ابن القاسم يستأنف الصوم وأما اذا فصل بينه زمن يمنع الصوم بالشرع فقد تقدم ذكره في كتاب الصيام
(فصل) وأما ما ذكرناه من وجوب تقديم الصوم على المجامعة فهو لقوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا وذلك يوجب تمام صومهما قبل الملامسة والا لم يكن صائما لشهرين متتابعين من قبل أن يتماسا وان جامع في أثناء صومه ليلا أو نهارا المظاهر منها أو غيرها نهارا ابتدأ الصوم قاله في المختصر الكبير والمدونة خلافا للشافعي في قوله انه ان وطئها ليلا لم يبطل صيامه والدليل على ما نقوله قوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فجعل ذلك شرطا في الصيام الواجب عليه الذي به يتخلص من حكم الظهار فمن جامع قبل أن يتم الصيام فلم يأت بصيام الشهرين قبل أن يتماسا فلم يبرأ بذلك من صوم الظهار كالواخذ بالعدد (مسئلة) ومن شرع في كفارة الظهار ثم طلقها قبل تمامها ثم تزوجها فانه يستأنف الكفارة من أولها فان تمادى على اتمامها فلا يخلو أن يكون طلاقه بائنا أو رجعيا فان كان بائنا فالمشهور من المذهب انه لا يجزئه وان تزوجها بعد ذلك استأنف الكفارة من أولها وروى ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه يجزئه التمادي بعد ان بانت منه اذا ابتدأ الكفارة وهو مجمع على امساكها وجه القول الاول انه أتى بالكفارة في وقت ليست له بزوجة فلم يجزه كالو ابتدأ الكفارة بعد البينونة وانقضاء العدة ووجه القول الثاني ان للكفارة حكم الابتداء بها فاذا ابتدأها في وقت يصح فيه التكفير لم يمنع ما يطرأ بعد ذلك كالو ابتدأ الصيام معسرا ثم أيسر وهذا عندي معنى قول ابن نافع واحتجاجه في المدونة (مسئلة) ولو كان الطلاق رجعيا فالأفضل أن يرتجع ثم يكفر فان كفر قبل ان يرتجع وقبل أن تبين منه أجزأه قاله أشهب في الموازية وهذا اذا صام أو أطعم في العدة وقد بقي عليه شيء من ذلك فتمادى على صيامه فقد روى في المدنية محمد بن يحيى عن مالك انه ان أتم صيامه قبل انقضاء العدة أجزأه ولو بقي منه يوم واحد بعد انقضاء العدة لم يجزه وان صام لانها ليست له بزوجة فان تزوجها بعد ذلك استأنف الصيام من أوله وهذا اذا كانت الكفارة بصيام فان كانت باطعام فانقضت العدة قبل اتمامها فقد قال أشهب تبطل الكفارة فان تزوجها يوما ما استأنف الاطعام كله وقال أصبغ يبني على الاطعام ويبتدئ الصيام وجه القول الاول انها كفارة يبطلها تخلل الوطء فابطلها تخلل البينونة كالصيام ووجه القول الثاني ان الاطعام ليس من شرطه التتابع فلم يبطل بالبينونة بخلاف الصيام
(فصل) وقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا يقتضي ان جواز الاطعام مرتب على

العجز عن الصيام وعدم الرقبة وفي المدونة قيل لابن القاسم من هذا الذي لايستطيع الصيام فقال هو عندي الشيخ الذي لايقوى على الصيام من كبر أو ضعف فلو اطعم مع القدرة على الصوم لم يجزه لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فانما نقل الى الاطعام من لم يستطع (مسئلة) والذي يجزئه منه في الجنس على حسب ماتقدم في كفارة اليمين وأما القدر فانه يعود الى معنيين أحدهما الى عدد من يطعم والثاني الى قدر مايطعم فاما عدد من يطعم فهم ستون مسكينا والأصل في ذلك قوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ولو أطعم ثلاثين مسكينا مدين مدين لم يجزه حتى يستكمل العدد وليطعم ثلاثين مسكينا مايجزئ كل واحد منهم ويجزئه (مسئلة) وأما القدر فقد روى ابن حبيب عن مطرف أن مالكا كان يفتي في كفارة الظهار بمدين لكل مسكين ويكره أن يقال مد هشام وهذا يدل على انه ذكره أولا لما كان المستعمل بين الناس يبين به مقدار مايلزم من ذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم على سبيل التقريب والتفسير كما يقول الانسان في بلده يجزئك من هذا المد كذا على سبيل التقريب فلما بلغه انه قد ظن به انه جعل ذلك مقدارا في نفسه أنكره وكرهه (فرع) اذا ثبت ذلك أو قلنا بتقديره بالمد فقد اختلف أصحابنا في مد هشام فقال ابن حبيب ان مد هشام الذي جعله لفرض الزوجة فيه مد وثلث وروى ابن القاسم انه مدان الاثلث وروى البغداديون من أصحابنا عن معن بن عيسى انه مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وهذا هو الصحيح عندي لوجهين أحدهما ان معن بن عيسى مدني فهو أعلم بذلك لطول مقامه بالمدينة مع ضبطه والثاني أن هذا المد موجود الى اليوم وهو كيل السراة وغيرها من بلاد العرب وهو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لاشك فيه ولا مرية فقد شاهدت ذلك وباشرته وحققته وفي المدنية من رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة انه يطعم في كفارة اليمين عن كل مسكين من الحنطة بقدر مايطعم أوسط عياله في اليوم والليلة وكذلك في كفارة الظهار أيضا شبعه في اليوم والليلة وروى عيسى عن ابن القاسم يغديهم ويعشيهم أحب اليك أو يعطيهم حنطة في كلا الكفارتين فقال أحب الى مالك لو أعطاهم فان أطعمهم أجزأ عنه يطعمهم خبزا واداما وهذا يقتضي مساواة كفارة الظهار لكفارة اليمين فيما يجزئ من الطعام ولو كان الأفضل والمستحب أن يزاد في كفارة الظهار ويبلغ المدين فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدنية اما الظهار فبمد هشام أو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لانه جاء في الحديث فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم بمدين مدين وقد قال تعالى في كتابه اطعام ستين مسكينا وفي المبسوط عن ابن القاسم مثل ذلك في المدين عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يقل فيه من أوسط فأفضل الشبع مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم أو مد بمد هشام والذي بينهما يسير قدر الثلث وأما كفارة اليمين فان الله تعالى قال فيه من أوسط ماتطعمون أهليكم قال مالك الوسط بالمدينة مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم وأما بالبلدان التي يكفر فيها بالحنطة فالوسط من الشبع غداء وعشاء فوجه القول بتقديره بمدين من مد النبي صلى الله عليه وسلم انه اطعام لم يجب بمعنى يتعلق بالصوم ولانه كفارة يمين فكان الاطعام فيه بنفس الصاع كفدية الأذى ووجه القول الثاني ان الشرع لما ورد باطعام ستين مسكينا ولم يقدر ذلك وكان أهل المدينة قد اتفقوا على ان مد هشام موضوع لتقدير النفقات الموسعات أشار اليه مالك ليرى قدر مايختاره من ذلك لما يتعلق به من التغليظ لقليل الذمة ومرتكب المحظور والله أعلم (فرع) وهذا لمن كانت الحنطة قوته فاما الشعير لمن أجزأه اخراجه أو التمر ففي المدونة أرى أن يطعم في الظهار من الشعير والتمر عدل شبع مد هشام من الحنطة والأظهر

عندي انه يلزمه من التمر والشعير مد بمد هشام أو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم على ما يلزمه من مكيلة القمح كزكاة الفطر والله أعلم (مسئلة) ومن صام عن ظهاره حين لم يجد رقبة فرض في أثناء الصيام فقد روى زياد بن جعفر عن مالك انه ان كان مرضه مما لا يطمع بالبرء منه فانه يطعم وان كان على غير ذلك انتظر ان يبرأ أو يبقى على ما كان صام وفي المدونة عن أشهب عن ابن القاسم انه ان طال مرضه واحتاج الى امرأته جاز له أن يطعم وان رجا البرء وجه القول الاول انه اذا كان مما يرجو البرء منه انتظر ذلك لانه من الموانع التي تعرض في استدامة الصوم كالحيض يعرض للمرأة في شهري التتابع فلا يجزئه الاطعام وان كان لا يرجى فليس من أهل الصيام فكان فرضه الاطعام ووجه القول الثاني ان حصلت له المشقة بالحاجة الى أهله مع طول المرض وخوف العنت جاز له الانتقال الى الاطعام كالاعسار والله أعلم (مسئلة) وليس في نص القرآن ذكر الكسوة في كفارة الظهار بل ظاهره يقتضي انها مقصورة على العتق أو الصيام أو الاطعام وقد ذكر الشيخ أبو محمد في نوادره قال وان كسا وأطعم عن كفارة واحدة قال ابن القاسم في كتابه أسد وقال في المجالس تجزئه وأظنه قول مالك وقال أشهب لا يجزئه. وأخرج من كتاب ابن المواز فيمن ظاهر من أربع نسوة فأطعم عن واحدة ستين مسكينا وكسا عن اخرى ستين مسكينا ثم وجد العتق فأعتق عن واحدة غير معينة ولم يقدر على رقبة الرابعة فليطعم أو يكسو ويجزئه قال الشيخ أبو محمد انظر قول محمد في الكسوة ما أعرفه لغيره وانما ذكرته عن الشيخ أبي محمد ليكون أقوى في المذهب فتحقق بهذا أن الكفارة في الظهار تتنوع أربعة أنواع عتق وصيام واطعام وكسوة وكأنه ينوب بعضها عن بعض ويحتمل هذا عندي وجهين أحدهما انه من باب اخراج القيم في الكفارات فيخرج الكسوة عن الطعام اذا كانت مثل قيمته أو أكثر وكان يجب على هذا أن لا يراعى قدر الكسوة والوجه الثاني أن تكون الكسوة لما نابت عن الاطعام في كفارة اليمين على عدد واحد نابت ههنا عنه وغيرها من الكفارات وان ناب بعضها عن بعض فبعد مخالف فاختصت الكسوة بأنها من جنس الاطعام وقل من يقول به من العلماء والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يجوز له الوطء في أثناء اطعامه ومن شرط اطعامه تقديمه على وطء المظاهر منها خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ان هذه كفارة عن ظهار فكان حكمها أن تتقدم على الوطء كالعتق والصوم (مسئلة) وسواء وطئ ناسيا أو عامدا فانه يبطل ما تقدم من اطعامه ويجب عليه ابتداء اطعام آخر والاصل في ذلك ما قدمناه من وجوب تقديم جميعه على الوطء ومعنى ذلك أن لا يتخلله وطء ص ﴿قال مالك في الرجل يتظاهر من امرأته في مجالس متفرقة قال ليس عليه الا كفارة واحدة فان تظاهر ثم كفر ثم تظاهر بعد أن يكفر فعليه الكفارة أيضا﴾ ش قوله في الرجل يتظاهر من امرأته في مجالس شتى ليس عليه الا كفارة واحدة وهذا على اطلاق النية دون تقييدها بالتكرار مع كون الظهار من جنس واحد مثل أن يقول لها أنت علي كظهر أمي ثم يقول لها مثل ذلك في ذلك المجلس أو مجلس آخر ونوى تأكيد القول الأول وتكراره أو لم ينو شيأ فليس عليه الا كفارة واحدة لانها يمين واحدة تكررت في شئ واحد فكان اطلاقها يقتضي التأكيد كاليمين بالله تعالى (مسئلة) ولو نوى بالقول الثاني كفارة ثانية ففي كتاب ابن المواز تلزمه كفارة ثانية كاليمين بالله تعالى وهذا كله ما لم تلزمه الكفارة الأولى بالوطء فان وطئ ثم ظاهر منها مرة أخرى ففي مختصر ابن عبد الحكم عليه كفارة ثانية ووجه ذلك انه لما وقع الحنث بالوطء ولزمته الكفارة

* قال مالك في الرجل يتظاهر من امرأته في مجالس متفرقة قال ليس عليه الا كفارة واحدة فان تظاهر ثم كفر ثم تظاهر بعد أن يكفر فعليه الكفارة أيضا

كان ظهاره بعد ذلك ظهار مبتدأ له حكمه. كالذي يحلف أن لا يدخل الدار مرارا ثم يدخلها لا يجب عليه الا كفارة واحدة ولو حلف أن لا يدخلها فحنث بدخولها ثم حلف مرة أخرى أن لا يدخلها كانت اليمين الثانية غير الأولى يجب فيها من الكفارة بالحنث غير ما يجب بالأولى (فرع) اذا قلنا ان تكرار الظهار بمعنى تكرر الكفارة يوجب تقدم ذلك من الكفارات فان أدى كفارة واحدة فان الشيخ أبا محمد كان يقول لا يحل له وطؤها حتى يكفر بجميع الكفارات وقال الشيخ أبو الحسن والشيخ أبو عمران اذا كفر كفارة واحدة حل له وطؤها فان امتنع من وطئها من أجل سائر الكفارات كان موليا منها قال الشيخ أبو عمران لان سائر الكفارات نذر (مسئلة) ولو شرع في الكفارة عن ظهاره فلم يتمها حتى ظاهر مرة أخرى ففي كتاب محمد يبتدئ الكفارة من الظهار الثاني ويجزئه وقيل بل يتم الأول ثم يبتدئ وقال محمد هذا أحب الي اذا بقي اليسير منها وأما ان مضى يومان أو ثلاثة فيبتدئ ويجزئه لهما وفي العتبية عن أصبغ انه يجوز له أن يبتدئه الآن سواء صام من الأولى يسيرا أو كثيرا وجه قولنا بالاجزاء انها كفارة مقدمة على الحنث فاذا ظاهر منها وشرع في الكفارة ثم أردف ثانيا من جنس الأول سقط حكم الأول وثبت الثاني وتفارق اليمين بالله بان كفارتها اذا شرع فيها بعد الحنث لم يمكن اسقاطها فاذا كررت يمين أخرى كان لها حكمها كالأولى ولو لزمت في الظهار الكفارة الأولى فحنث ثم ظاهر بعد ذلك ظهارا آخر لكانت فيه كفارتان وذلك مثل أن يقول ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي فحنث ثم قال بعد ذلك أنت علي كظهر أمي ففي هذا كفارتان قاله أصبغ في العتبية وغيرها فوزان هذه المسئلة من اليمين أن يكفر قبل الحنث على رواية تجويز ذلك ثم يشرع في الصيام فيحلف في ذلك ثانية ثم يريد أن يكفر فانه تجزئه كفارة واحدة يبتدئها ووجه الرواية الثانية ان هذه يمين شرع في تكريرها فاذا كررت بعد ذلك كان الظاهر انها يمين مستأنفة كما لو نوى بيمينه الثانية كفارة ثانية والأول أكثر في المذهب وأظهر * قال القاضي أبو الوليد والقولان عندي مبنيان على قولنا بوجوب الكفارة بالعودة أو على قولنا بصحة الظهار للعودة فاذا قلنا تجب بالعودة فانه اذا ظاهر مرة أخرى لزمه اتمام ما وجب عليه بالعودة الأولى ثم يستأنف الكفارة الثانية واذا قلنا لم تجب عليه بالعودة فانه يجوز له تركها متى شاء فاذا ظاهر بعد الشروع فيها فقد ترك الكفارة الأولى وتلزمه الثانية وكان بمنزلة من أتى بلفظ الظهار دون أن يشرع في الكفارة وقد رأيت نحوه لابي القاسم بن الكاتب

(فصل) وقوله فان تظاهر ثم كفر ثم تظاهر بعد أن يكفر فعليه الكفارة أيضا على حسب ما قال لأنه اذا ظاهر بعد أن أتم الكفارة فانه لا بد لذلك الظهار من كفارة لان الكفارة الأولى ليست بكفارة عما يأتي بعدها من الايمان وانما هي كفارة لما تقدم قبلها ككفارة اليمين بالله تعالى ص * قال مالك ومن تظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر ليس عليه الا كفارة واحدة ويكف عنها حتى يكفر ويستغفر الله * قال مالك وذلك أحسن ما سمعت * ش قوله من تظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر انه ليس عليه الا كفارة واحدة لا يقتضي اباحة ذلك بل هو محظور لقوله تعالى فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا لكنه من اجترأ ووطئ قبل أن يكفر فقد تقرر عليه وجوب الكفارة وليس عليه غيرها لان ظهاره واحد فتجب به كفارة واحدة لكن من حكمها تقدمها على الوطء فاذا وجد الوطء قبلها لم يؤثر ذلك في اسقاط الكفارة ولا في الزيادة عليها وذلك أن الكفارة بعد وجوب التظاهر ثلاثة أحوال حالة لا تجزىء فيها الكفارة وهي قبل العودة فمن كفر

* قال مالك ومن تظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر ليس عليه الا كفارة واحدة ويكف عنها حتى يكفر ويستغفر الله قال مالك وذلك أحسن ما سمعت

حينئذ فهل تجزئه كفارته تلك أم لا روى سحنون عن أبيه ان المتظاهر يكفر بعد نية العودة لكن يريد أن يطلقها أو يقول ان راجعتها حلت لى بغير ظهار لا تجزئه حتى ينوى العودة قال وهو قول أكثر أصحابنا ان من كفر بغير نية العودة لم يجزه وقد رأيت للشيخ أبى عمران أن ابن القاسم لا يراعى العودة وانما راعى ذلك ابن الماجشون وسحنون فعلى هذا يجوز على قول ابن القاسم أن يكفر قبل العودة ولذلك قال ابن سحنون فى المنع من ذلك انه قول أكثر أصحابنا وأما الحالف بالظهار ان فعل كذا فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم لا يجزئه أن يكفر قبل الحنث كمن حلف بالطلاق أن لا يفعل كذا لا يقدم الطلاق قبل الحنث ولو حلف ليفعلن كذا بطلاق أو ظهار فان له تقديم الكفارة والطلاق قبل الحنث وهذا لان الحالف ليفعلن على حنث من وقت يمينه فلا يقال فيه على الحقيقة كفر قبل الحنث وانما يريد بذلك قبل أن يفوته الذى حلف ليفعلنه والله أعلم (مسئلة) والحالة الثانية اذا وجدت العودة قبل أن يوجد الوطء فان الكفارة فى هذه الحال مجزئة وليست بلازمة رواه ابن القاسم وأشهب عن مالك وقال لو طلقها أو ماتت سقطت عنه الكفارة ولو شرع فيها لسقط عنه باقيها الا أن يتزوجها بعد الطلاق فتثبت الكفارة ثانية وروى ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه اذا أجمع على العودة لزمته الكفارة وان مات أو طلقها قال ابن عبد الحكم أخبرنيه أشهب عن مالك وبه قال أصبغ (مسئلة) والحالة الثالثة بعد الوطء فانها حالة يتقرر فيها وجوب الكفارة وكذلك لو ماتت أو طلقها لزمه اخراج الكفارة على كل حال ولو كان شرع فيها قبل أن يموت أو طلقها لزمه اتمامها

(فصل) وقوله ويكف عنها حتى يكفر ويستغفر الله دليل على انه قد أتى المحظور من تقديم المسيس قبل الكفارة فيجب أن يتوب من ذلك ولا يستديمه بل يستغفر الله تعالى مما تقدم منه (مسئلة) وللمرأة أن تمنعه نفسها قبل أن يكفر ويحول السلطان بينه وبينها ويؤدبه ان أراد ذلك قاله ابن القاسم فى المدونة ووجهه انه أراد ارتكاب المحظور المزجور عنه فوجب ردعه عنه بالأدب وفى المدونة ويكون معها فى البيت ويدخل عليها بالاذن اذا أمنت ناحيته ص ﴿قال مالك والظهار من ذوات المحارم من الرضاعة والنسب سواء قال مالك وليس على النساء ظهار﴾ ش وهذا كما قال ان الظهار لازم من جميع ذوات المحارم فمن حرمت عليه بارضاعة أو النسب ولم يذكر تحريم المصاهرة لام زوجته وزوجة أبيه ويجب أن يكون حكمهن حكم من ظاهر لانهن ممن حرم عليه على التأبيد وفى المبسوط والمدونة عن ابن القاسم فان ظاهر من صهر فهو مظاهر فى رأيى لان الله تعالى قال ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء (مسئلة) ومن قال لامرأته انت على كظهر أمى أو ابنى أو رجل من الناس فهو ظهار رواه ابن زيد عن عيسى بن دينار وعن يحيى بن يحيى عن ابن نافع ووجه ذلك انه شبه امرأته بظهر من هو عليه كذوات المحارم وأشد تحريما فلزمه الظهار كما لو شبهها بظهر بهيمة وكذلك من قال لزوجته أنت على كبعض من حرم القرآن (مسئلة) وأما من قال لامرأته أنت على كظهر من تحل له من امائه وأزواجه فليس بمظاهر قاله الشيخ أبو اسحق ووجه ذلك انه انما شبهها بمباحة فبقيت على حكم الاباحة

(فصل) وقول مالك ليس على النساء ظهار يريد انه لا يلزمهن أن يظاهرن من الأزواج لان التحريم ليس اليهن وانما التحريم الى الأزواج كالطلاق ولو طلقت المرأة زوجها لم يكن له حكم الطلاق وأصل هذا قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فعلق الحكم بالرجال فى نسائهم وبالله

* قال مالك والظهار من ذوات المحارم من الرضاعة والنسب سواء * قال مالك وليس على النساء ظهار

تعالى التوفيق ص ﴿قال مالك فى قول الله تبارك وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا قال سمعت أن تفسير ذلك أن يتظاهر الرجل من امرأته ثم يجمع على امساكها واصابتها فان أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة فان طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على امساكها واصابتها فلا كفارة عليه قال مالك فان تزوجها بعد ذلك لم يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر﴾ ش قوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم قال مالك النساء واقع على الاماء الحرائر والاماء الزوجات والسرارى واحتج على ذلك بقوله تعالى وأمهات نسائكم وهذا عام فى الزوجات والسرارى

(فصل) وقوله عز وجل ثم يعودون لما قالوا قال مالك ان تفسير ذلك يعنى العودة أن يجمع بعد الظهار على امساكها واصابتها هذا الذى ذكره فى الموطأ وعليه أكثر أصحابه وقد قيل عنه غير ذلك مما سنبينه ان شاء الله تعالى وأصل هذا أن العلماء اختلفوا فى الكفارة بماذا تتعلق فذهب مالك ومعظم الفقهاء الى أنها تتعلق بشرطين بوجود الظهار والعودة وقال مجاهد والثورى تجب بنفس الظهار دون شرط آخر والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فعلق الكفارة بالظهار والعودة فمن قال انما تجب بنفس الظهار دون العودة فقد خالف النص لان الحكم متى علق على صفتين كان الظاهر انهما شرطان فى ثبوته كما لو قال رجل من أسلم وشرب الخمر فاجلدوه كان الظاهر أن الوصفين شرطان فى وجوب الجلد (مسئلة) اذا ثبت أن العودة شرط تتعلق به الكفارة كالظهار فاختلف العلماء ماهى ولمالك فى ذلك ثلاثة أقوال قال الشيخ أبو القاسم احدى الروايتين العزم على امساكها والثانية العزم على وطئها وقد ذكر فى الموطأ الأمرين جميعا ويقتضى قوله هذا أن افراد كل واحد منهما بالعزم عليه عودة * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهما عندى راجعان الى معنى الامساك لان من عزم على الوطء فقد عزم على امساكها الى أن يطأ وليس من شرط العزم على الامساك أن ينوى امساكها أبدا بل لو عزم على امساكها سنة لكان عازما على الامساك وأما العزم على الوطء قال أحمد بن حنبل روى عن مالك أبو القاسم بن الجلاب وغيره رواية أخرى ان العزم هو نفس الوطء وبه قال الحسن والزهرى وطاوس قال الشافعى أن يمضى من الزمان مدة يمكنه فيها ايقاع الطلاق فلا يوقعه والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا وثم تقتضى المهلة فدل ذلك على أن العودة تكون بعد ايقاع الظهار بمهلة ووجه آخر وهو أن قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا يقتضى أن تكون العودة من فعل المظاهر إما عزم وإما غيره وإما أن تكون بمضى الزمان وترك طلاق فهو عدول عن الظاهر ومن جهة المعنى ان هذه كفارة يمين فجاز أن يتأخر وجوبها عن اليمين أصل ذلك كفارة اليمين بالله تعالى (مسئلة) فاذا قلنا ان العودة تتقدم وتتأخر فذهب داود الى أن العودة هى اعادة لفظ الظهار والدليل على ما نقوله ان الكفارة انما تجب فى الايمان بمخالفة اليمين ومن ظاهر اقتضى ظهاره تحريم زوجته فاذا أراد استباحتها فقد عاد فيما ترك ورجع الى الوطء الذى حرم وفى مثل هذا يقال عاد فلان لكذا والى كذا اذا كان قد تركه وحرمه ثم رجع اليه ولذلك يقال عاد فلان لشرب الخمر اذا كان قد أظهر التوبة منه ثم رجع اليه ولو كان التلفظ بالظهار ثانيا يوجب الكفارة لاوجبها الاول فلما لم يوجبه الاول لم يوجبه الثانى لانهما من جنس واحد لفظا ومعنى وقد قال بعض أصحابنا ان قوله تعالى والذين يظاهرون من

* قال مالك فى قول الله تبارك وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا قال سمعت أن تفسير ذلك أن يتظاهر الرجل من امرأته ثم يجمع على امساكها واصابتها فان أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة وان طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على امساكها واصابتها فلا كفارة عليه * قال مالك فان تزوجها بعد ذلك لم يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر

نسائهم ثم يعودون مثل قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا لايصح أن يراد بالفيئة ههنا اعادة الايلاء فكذلك لايصح أن يراد بالعودة اعادة الظهار وقال الأخفش تقديره والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون فتحرير رقبة لما قالوا والله أعلم من أجل ما قالوا

(فصل) وقوله فان أجمع على ذلك فقد وجبت الكفارة عليه يقتضي وجوبها بنفس العزم وهذا يحتمل معنيين أحدهما أن يجب عليه وجوبا متفرقا كوجوب الكفارة بعد الحنث الذى لايخرج منه الا بالاداء والثانى أن لايجب بالعودة وانما يكون شرطا فى استباحة الوطء كالطهارة التى لا تجب لنفسها وانما تجب على من أراد صلاة أومس مصحف لاستباحة ذلك وقد روى عن مالك ما يدل على المعنيين ففى كتاب ابن المواز عن عبد الله بن عبد الحكم قال مالك وعبد العزيز بن أبى سلمة ان معنى قول الله سبحانه ثم يعودون لما قالوا انه ارادة الامساك والوطء فاذا أجمع على ذلك لزمته الكفارة ان ماتت أو طلقها وقد تقدم ذكره فهذا على المعنى الاول وأما على المعنى الثانى وهو الأظهر من مسائل أصحابنا وأقوالهم واليه ذهب أبو حنيفة وقد روى ابن القاسم وأشهب انه اذا أجمع على الامساك ثم صام بعض الكفارة ثم بانت منه انه لاشئ عليه فان نكحها يوما ابتدأ ولو تقرر وجوبها لم تسقط عنه بذلك ألا ترى انه لو وطئ ثم بانت منه أو طلقها لم تسقط عنه الكفارة لما تقرر وجوبها عليه بالوطء

(فصل) وقوله وان طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على امساكها واصابتها فلا كفارة عليه يدل على رواية ابن عبد الحكم أن الكفارة لم تجب بعد عزم الاجماع على الامساك ويقتضى ان الاجماع على الامساك عودة أما على رواية ابن القاسم فى أن الطلاق بعد العودة يسقط الكفارة ويسقط التمادى على ماقد شرع فيه منها فانه لامعنى لاشتراطه أن لايجمع على الامساك قبل أن يطلقها .

(فصل) وقول مالك فان تزوجها بعد لم يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر يقتضى بقاء حكم الظهار وهو المنع من المسيس قبل الكفارة ويقتضى قوله ان الاجماع على الامساك عودة ص ﴿ قال مالك فى الرجل يتظاهر من أمته انه ان أراد أن يصيبها فعليه كفارة الظهار قبل أن يطأها ﴾ ش قوله ان أراد من تظاهر من أمته أن يصيبها فعليه كفارة الظهار يقتضى تعلق الظهار بالأمة كتعلقه بالزوجة خلافا للشافعى وقد تقدم وقد قال الشافعى فيمن تزوج أمة فظاهر منها ثم اشتراها انه لايطؤها بملك اليمين حتى يكفر وهذا يدل على أن للظهار تأثيرا فى تحريم الوطء ولولا ذلك لوجب أن تحل له بملك اليمين ص ﴿ قال مالك لايدخل على الرجل ايلاء فى تظاهره الا أن يكون مضارا لايريد أن يفئ من تظاهره ﴾ ش قوله لايدخل على الرجل ايلاء فى تظاهره يريد أن يكون تظاهرا غير معلق بصفة وان علقه بصفة مثل أن يقول ان لم أفعل كذا وكذا فانه يضرب له أجل الايلاء من يوم يرفعه الى السلطان ويلزمه حكم المولى لان الوطء ممنوع محرم عليه حتى يفعل ما علق يمينه به فاذا كان ممتنعا من الوطء لاجل يمينه بالظهار ولم تكن اليمين مباشرة للمنع من الوطء لم يدخل عليه الايلاء الا اذا طالبته الزوجة بذلك ورفعته فيضرب له السلطان من ذلك اليوم أجل المولى (مسئلة) وأما اذا كان الظهار مطلقا غير معلق بصفة فلا يدخل عليه بمجرد الظهار لان يمينه لم تباشر المنع من الوطء وانما تحريم الوطء حكم من أحكامه كالطلاق الرجعى

(فصل) وقوله الا أن يكون مضارا لايريد أن يفئ من تظاهره معنى ذلك أن يجد الكفارة فلا يكفر قاله مالك فى المبسوط قال مالك واذا لم يتبين ضرره لم يوقف الا أن يطول ذلك وروى أشهب

* قال مالك فى الرجل يتظاهر من أمته انه ان أراد أن يصيبها فعليه كفارة الظهار قبل أن يطأها

* قال مالك لايدخل على الرجل ايلاء فى تظاهره الا أن يكون مضارا لايريد أن يفئ من تظاهره

عن مالك فى المتظاهر لا يجد ما يعتق ولا يقدر على الصيام ولا يجد ما يطعم فلا مخرج له وليكف عن أهله حتى يجد ما يكفر به يريد ولا حجة لها فى هذا ثلاثة أحوال أحدها أن يتبين ضرره فيدخل عليه الايلاء والثانية أن لا يتبين ضرره ولا عذره فلا يدخل عليه أجل الايلاء بطول المدة والحالة الثالثة أن يتبين عذره فلا يدخل عليه ايلاء جملة (مسئلة) واختلف قول مالك فى أجل الايلاء ففى المدونة يبتدأ له أجل المولى عندما يرى الناس من اضراره ثم يجرى بحساب المولى تأول بعض القرويين على أنه يضرب له الأجل من يوم يتبين ضرره وفى كتاب محمد أجله من يوم التظاهر ولذلك اختصر بعض المختصرين مسئلة المدونة والذى عندى أن القولين فى المدونة وقد بينته فى شرح المدونة والله أعلم ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة انه سمع رجلا يسأل عروة بن الزبير عن رجل قال لامرأته كل امرأة أنكحها عليك ما عشت فهى على كظهر أمى فقال عروة بن الزبير يجزئه عن ذلك عتق رقبة ﴾ ش قال ابن مزين قلت لعيسى بن دينار أرأيت معنى هذا أى أول امرأة يتزوجها عليها فانه يعتق عنها رقبة ثم ان تزوج بعد ذلك فلا شئ عليه قال نعم هو معنى قوله وبه آخذ وهو قول مالك بمنزلة من تظاهر من نسوة له فى كلمة واحدة فليس عليه الا كفارة واحدة تجزئ بها عنهن وقال يحيى بن يحيى عن نافع بن نافع لست آخذ به ولكنى أرى انه قد تظاهر من كل امرأة ينكحها عليها فكلما نكح امرأة كفر عنها قبل أن يمسها كفارة عن كل امرأة ومثله فى كتاب ابن المواز فيمن قال كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى فانه تلزمه كفارة عن كل امرأة يتزوجها أبدا وفى العتبية عن مالك من رواية ابن القاسم مثل ما فى الموطأ ممن قال كل امرأة أتزوجها عليك ما عشت فهى على كظهر أمى يجزيه فى ذلك كفارة واحدة والله أعلم وأحكم

﴿ ظهار العبد ﴾

ص ﴿ مالك أنه سأل ابن شهاب عن ظهار العبد فقال نحو ظهار الحر * قال مالك يريد انه يقع عليه كما يقع على الحر ﴾ ش وهذا كما قال ان ظهار العبد كظهار الحر فى لزومه وتعلق أحكامه به على ما فسره مالك رحمه الله من انه يقع عليه كما يقع على الحر والاصل فى ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا الآية ولم يفرق بين الأحرار والعبيد ولا يجوز أن يقال ان العبد لما لم يكفر بالعتق ليس من أهل الظهار ولا مخاطبا بالآية كما لا يجوز أن يقال ذلك فى المعسر الضعيف عن الصيام ولأنه قد قال تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين والعبد ليس بواجد للرقبة فيصوم شهرين فحكمه ثابت بالآية ص ﴿ قال مالك وظهار العبد عليه واجب وصيام العبد فى الظهار شهران ﴾ ش قوله ان ظهار العبد عليه واجب يريد انه يلزمه ويثبت فى حقه حكمه وقوله وصيامه فى الظهار شهران يريد أن حكمه فى قدر الصيام حكم الحر لأن صيامه على وجه الكفارة والكفارات يستوى فيها حكم الاحرار والعبيد كسائر الكفارات وأما العتق فلا يثبت فى حقه لوجهين أحدهما انه محجور عليه فى ماله والثانى ان الولاء لا يثبت له فأما الحجر عليه فان المحجور عليه على ضربين أحدهما أن يحجر عليه لحق نفسه كالسفيه المولى عليه فهذا يلزمه الظهار كما يلزمه الطلاق وأما الذى يجب عليه به فاختلف أصحابنا فى ذلك ففى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب أن له أن يعتق بغير اذن وليه ان كان مليا وان لم يكن له الا رأس لم أحب له الا الصيام وقال أصبغ فى الموازية لا يجزئه الا العتق ان كان له مال فان لم يكن له مال صام

* وحدثنى عن مالك عن هشام بن عروة انه سمع رجلا يسأل عروة بن الزبير عن رجل قال لامرأته كل امرأة أنكحها عليك ما عشت فهى على كظهر أمى فقال عروة بن الزبير يجزئه عن ذلك عتق رقبة

﴿ ظهار العبد ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك أنه سأل ابن شهاب عن ظهار العبد فقال نحو ظهار الحر * قال مالك يريد أنه يقع عليه كما يقع على الحر * قال مالك وظهار العبد عليه واجب وصيام العبد فى الظهار شهران

ولا يمنع من الصوم فان أبى فهو مضار وروى ابن نافع عن مالك يرفع ذلك الى السلطان فان رأى العتق خيراله من فراق أهله أعطاه رقبة يكفر بها وان رأى ذلك خيرا فرق بينه و بين امرأته ولا يصوم ومن المدنية قال ابن المواز ان لم يرله وليه الكفارة بالعتق كفر هو بالصوم فقول ابن وهب مبنى على أصلين أحدهما ان ماتقرر وجوبه بالشرع من حقوق الله ليس مصرف أداؤه الى اذن الولى فاذا أخرجه المولى عنه نفذ اخراجه وأجزأ عنه كزكاة ماله والوجه الثانى ان منع الولى من العتق على وجه صحيح من النظر يقوم مقام عدم الرقبة فى جواز الانتقال الى الصوم وقول مالك مبنى على ان للسلطان النظر فى ذلك لما كان الخروج عن هذا الحق يصح بوجهين كان له النظر فى أرشدهما وعلى ان منع السلطان من العتق لا يبيح الانتقال الى الصوم مع وجود الرقبة وانما له النظر فى أرشد الامرين العتق عنه أو الطلاق عليه وقول ابن المواز مبنى على ان للولى النظر فى انفاذ العتق أو منعه واذا منع منه قام ذلك مقام عدم الرقبة فانتقل الى الصوم (مسئلة) وأما المحجور عليه لحق غيره كالعبد فانه لا تجوز له الكفارة بالعتق لمعنيين أحدهما حق السيد والثانى ان الولاء لا يثبت وذلك يمنع وقوع العتق عنه وعن مالك فى المدونة والمبسوط لا يجزئه العتق وان أذن له السيد فيه لأنه لا يكون له الولاء وقد قال عبد الملك بن الماجشون لا يكفر بالعتق لأن الولاء لسيده (مسئلة) فاذا قلنا لا يجوز له العتق وان فرضه الصيام فهل لسيده أن يمنعه منه أم لا ففى كتاب ابن المواز روى ابن القاسم عن مالك لأهله منعه اذا أضر ذلك بهم فى خدمته وعمله واذا لم يضر ذلك بهم وانما قصد واليفرقوا بينه و بين أهله أجبروا على ذلك وقال ابن الماجشون ليس لسيده منعه من الصوم وان أضر ذلك به فى عمله وقاله محمد بن دينار فى المدنية وقال لو شاء سيده لم يأذن له فى النكاح وجه قول مالك انه معنى أدخله على نفسه فليس له أن يدخل على نفسه ما يضر بسيده فى عمله كحقوق الآدميين ووجه قول ابن الماجشون ان هذا صوم قد ثبت عليه فلم يكن لسيده منعه كالفرض ولأن هذا من أحكام النكاح التى قد ملكها بالنكاح فلا يكون لسيده منعه الا بما يتعلق بماله (فرع) فاذا قلنا بقول مالك له منعه اذا أضر ذلك به ففى كتاب ابن سحنون عن مالك ان كان يؤدى الخراج لم يكن له منعه فان قوى على صومه وعمله فلا يمنع ووجه ذلك ما قدمناه (فرع) فاذا كان يضر بعمله وسوغنا للسيد منعه من الصوم فقد قال ابن القاسم ان منعه سيده الصيام وأذن له فى الاطعام أجزأه قال مالك فى المبسوط ان أذن له سيده فى الاطعام فالصيام أحب الى منه قال ابن القاسم لا أدرى ما هذا وليس يطعم أحد يستطيع الصيام ولا أرى جواب مالك فى المسئلة الاوهما ولعله أراد كفارة اليمين قال القاضى أبو اسحق معناه أن لا يقدر على الصوم فيقول الاطعام يجزئه وليس يستحسنه لأن للسيد التصرف فيه قبل أن يخرجه الى المساكين ويحتمل عندى أن يكون معنى ذلك أن الصوم يضر به فى عمله فللسيد منعه منه على قول مالك و يأذن له فى الاطعام فالصيام كان أفضل ان يأذن له فيه و يحتمل أن يريد به انه لا يصوم الا باذن السيد ولا يطعم الا باذن السيد فالصيام أحب اليه أن يأذن فيه لأنه لا يقدر السيد أن يتمول قبل انفاذه و يقدر على ازالة المال منه قبل انفاذه وقال ابن الماجشون ولأنه لو شاء رجع عن اذنه وفى المدنية قال محمد بن ابراهيم بن دينار ليس على العبد المتظاهر عتق ولا اطعام ولو كان يجد ما يطعم ويعتق ولكن يصوم وقال ابن الماجشون فى المبسوط لا يطعم لان اذن السيد لا يخرج الاطعام من ملك السيد الا الى المساكين قال الشيخ أبو محمد يريد أن ملك العبد غير مستقر ولفظه يقتضى

غيرهذا لانه اذا كان ملكه غير مستقر عليه لم يوجب ذلك أن يكون من ملك السيد وانما يقتضى قول ابن الماجشون هذا ان العبد لا يملك انما يملك ما يضاف اليه من مال سيده وجه رواية ابن القاسم ان العبد يملك ما يطعم وليس فى الاطعام معنى يراعى غير اذن السيد لانه ممنوع لحق السيد فاذا أذن فيه السيد جاز كالصوم ووجه قول ابن الماجشون ما قدمناه ص ﴿ قال مالك فى العبد يتظاهر من امرأته انه لا يدخل عليه ايلاء وذلك انه لو ذهب يصوم صيام كفارة المتظاهر دخل عليه طلاق الايلاء قبل أن يفرغ من صيامه ﴾ ش وهذا كما قال ان العبد لا يدخل عليه ايلاء بنفس الظهار ولا بالتوقيف لان صيامه شهران وأجله فى الايلاء شهران فان أفطر ساهيا أو لمرض يقضى أجل الايلاء قبل تمام الكفارة ولا يجوز أن يضرب أجل الايلاء على هذا وهذا القول من مالك يحتمل وجهين أحدهما انه لا يضرب له أجل الايلاء بوجه ولو أذن له سيده فى الصوم لان صومه لا ينقضى حتى ينقضى أجل الايلاء وتعليل مالك فى الموطأ يقتضى غير هذا غير انى لا أعلم أحدا من أصحابنا قال بذلك ولا يوجد لمالك على هذا التفسير ولعله أراد ان هذا من بعض ما يعتذر به العبد فى رفع أجل الايلاء عن نفسه والثانى أن يريد العبد الصوم ويمنعه منه سيده لانه يضر به فان فى ذلك عذرا للعبد يمنع دخول الايلاء عليه وبه قال أصبغ وقد روى ابن القاسم عن مالك لا يدخل على العبد ايلاء الا أن يكون مضارا لا يريد أن يفئ أو يمنعه أهله الصيام بأمر لهم فيه عذر فهذا يضرب له أجل الايلاء ان رافعته امرأته فمعنى ذلك ان الأجل انما يضرب بالشرع فى الكفارة اذا امتنع منها وكذلك اذا منعه منه أهله فانما يضرب له الأجل ليبيح أهله له فى أثناء ذلك التكفير بالصيام وأما أصبغ فلم ير منع أهله من الصيام ضررا يدخل عليه به الايلاء لانه ليس من قبله وانما هو حر يملكه غيره كما لا يدخل على الحر الايلاء بترك عتق عبد لا يملكه والله أعلم

﴿ ما جاء فى الخيار ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين انها قالت كان فى بريرة ثلاث سنن فكانت احدى السنن الثلاث أنها أعتقت فخيرت فى زوجها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تفور بلحم فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم فقالوا بلى يارسول الله ولكن ذلك لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو عليها صدقة وهو لنا هدية ﴾ ش قول عائشة رضى الله عنها كان فى بريرة ثلاث سنن تريد ثلاثة أحكام مشروعة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت أسبابها مختصة ببريرة وفى هذا ما يدل على أن تحفظ أسباب الأحكام مما اهتبل به الصحابة رضى الله عنهم ونقله عنهم العلماء لان ذلك عون على فهم معنى الحكم وعمومه أو خصوصه ووجه تعلقه بمن تعلق به من اختصاص به أو تعد الى غيره وفيه عون على حفظ الأحكام واستدامة حفظها

(فصل) ثم فسرت ذلك فقالت ان احدى السنن الثلاث انها أعتقت فخيرت فى زوجها ومعنى ذلك انها كانت أمة وكان زوجها عبدا اسمه مغيث كذلك روى ابن عباس رضى الله عنه فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى البقاء معه على حكم الزوجية أو المفارقة ولا خلاف فى ذلك اذا كان الزوج عبدا لان الحرية رتبة أرفع من رتبة الرق وليس للعبد أن يتزوج حرة الا بأن يبين لها أمره

قال مالك فى العبد يتظاهر من امرأته انه لا يدخل عليه ايلاء وذلك انه لو ذهب يصوم صيام كفارة المتظاهر دخل عليه طلاق الايلاء قبل أن يفرغ من صيامه

﴿ ما جاء فى الخيار ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين انها قالت كان فى بريرة ثلاث سنن فكانت احدى السنن الثلاث انها أعتقت فخيرت فى زوجها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تفور بلحم فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم فقالوا بلى يارسول الله ولكن ذلك لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو عليها صدقة وهو لنا هدية

ولوغرها ثم اطلعت على أنه عبد لكان لها مفارقته فلما تزوج العبد أمة وكانت من نسائه مساوية له في الرتبة لم يكن لها اختيار ما كانت رقيقا مثله فاذا ارتفعت رتبتها بالحرية كان لها أن تفارقه لنقصه عن رتبتها أو تقيم معه (مسئلة) وان كانت مدخولا بها فقد اختلف قول مالك فيه فقال مرة ليس لها أن تطلق نفسها الا واحدة هذا الذي ذكره في المدونة وأكثر الكتب وفي المدنية أن قوله الاول لها ايقاع أكثر من ثلاث روى عبد الرزاق بن دينار عن محمد بن يحيى قال مالك اذا أعتقت الأمة تحت عبد كان لها أن تطلق نفسها أكثر من تطليقة واحدة قال محمد بن يحيى وقد قال ليس لها ذلك قال عيسى بن دينار قال ابن القاسم بقول مالك الاول لها ذلك وفي المبسوط من رواية أبي ثابت عن ابن القاسم ثنتين لان ذلك جميع طلاق العبد ولعله مما أصلحه أبو ثابت والقاضي أبو اسحاق على أن لقوله ثلاثا وجها سائغا سنبينه ان شاء الله تعالى فوجه قوله انه لا يملك الا طلقة بائنة ان عدد الطلاق انما هو حكم مختص بالأزواج ولما حصل للزوجة ما تملك به نفسها وجب أن تكون طلقة بائنة ولو كانت تملك عدد الطلاق لكانت الواحدة رجعية والطلاق الواجب بالشرع هو بائن وان عرا عن العوض ووجه الرواية الثانية أن جهة الزوجة لما انتقل اليها الطلاق انتقل اليها العدد وكانت جهة حرية فكملت فيها الثلاث ويبين هذا أن زياد بن جعفر روى عن مالك انه ان طلقها طلقة أو طلقتين فانها أملك لنفسها وهو خاطب من الخطاب فلم يحرمها عليه بالثنتين فدل ذلك على انها لا تبين الا بالثلاث وروى محمد بن يحيى الشيباني عن مالك في المدنية كانت تحت عبد فطلقها ثم أعتقت في عدتها فاختارت نفسها فقد بانت منه لان طلاق العبد ثنتان فثبت ان في المسئلة روايتين قال محمد ولو اختارت نفسها ولا نية لها كانت واحدة بائنة ومعنى ذلك ان اللفظ اذا كان موضوعا للطلقة الواحدة وصح أن يوقع به الثلاث فان اطلاقه يقتضي الواحدة كقول الزوج أنت طالق وفي المبسوط انه طلاق وليس بفسخ (مسئلة) واذا كان الزوجان نصرانيين وسيدها مسلمين كان ذلك حكمهما قاله أشهب في العتبية والموازية لان السيد لما كان له تعلق بالفرقة من استباحة الأمة بملك اليمين كان الحكم بين مسلم وكافر فاجرى على حكم الاسلام وروى عن أصبغ انه قال وكذلك لو كان السيد نصرانيا وأنكره سحنون وقال لا يعرض لهم (مسئلة) واذا كان نصف الأمة حرا فأعتقت تحت عبد فلها الخيار رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك ان حكمها حكم الأمة ما بقي فيها شعبة من الرق فلا خيار لها كالاخيار للأمة وفي المبسوط عن مالك في الامة تحت العبد يعتق بعضها الا خيار لها حتى يعتق جميعها فاذا كمل عتقها انتقلت الى حكم الحرية فثبت لها الخيار ولو أن مدبرة أو أم ولد توفي سيدهما فعتقا أو مكاتبة أدت كتابتها كان لها الخيار اذا كان الزوج عبدا رواه القعنبي عن مالك في المبسوط ووجه ذلك ما قدمناه من وجوب الخيار بتمام العتق (مسئلة) فان أعتقت الأمة في حال حيض ففي العتبية من رواية عيسى ابن دينار عن ابن القاسم لا تختار حتى تطهر فان اختارت مضى فان أخرت فعتق الزوج قبل أن تطهر لم يقطع ذلك خيارها ووجه ذلك أنه قد ثبت لها الخيار في وقت لم يكن للزوج المنع منه وانما أخرت ايقاعه للشرع لا رضى بالزوجية فكانت باقية على خيارها وفي المبسوط من رواية القعنبي عن مالك اذا أعتقت تحت العبد فلم يبلغها حتى عتق زوجها بطل خيارها وقال لا خيار لها اذا لم تختر حتى يعتق زوجها ويحتمل هذا أن يكون على روايتين ويحتمل أن يكون الفرق بينهما أن الحائض ممنوعة بالشرع والله أعلم (مسئلة) ولو ان أمة تحت عبد قالت متى أعتقت فقد اخترت نفسي أو اخترت

زوجي ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك ليس ذلك بشيء وروى عن مالك في الحرة ذات الشرط في النكاح والتسري تقول متى فعل شيأ من ذلك زوجي فقد اخترت نفسي ان ذلك لها قال المغيرة هما سواء ولا شيء لهما فالفرق بين الامة تعتق والحرة تأخذ بشرطها على رواية أشهب عن مالك ان الامة ليست بصفة من يختار فلذلك لم يجز خيارها والحرة بصفة من يختار وممن قد ثبت لها الخيار وانما علق نفوذه بصفة مخصوصة فقد أوقعته على حسب ما جعل اليها من تأخير الوقوع ولم يعلق بوجود تلك الصفة ايقاعها الطلاق وانما علق بها وقوعه ووجه قول المغيرة ان الحرة انما جعل ذلك اليها في وقت مخصوص وهو بعد أن يوجد من الزوج النكاح أو التسري فكما لا يصح وقوع الطلاق قبله فكذلك الامة لان الشرع انما جعل ذلك لها بعد وجود العتق فليس ذلك لها قبله

(فصل) وقولها رضي الله عنها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق معنى ذلك ان بريرة كان أهلها وهم بنو هلال كاتبوها فارادت عائشة رضي الله عنها أن تشتريها ويكون ولاؤها لها وأراد أهلها أن يبيعوها ويستثنوا ولاءها فجوز النبي صلى الله عليه وسلم البيع وأبطل اشتراط البائعين الولاء وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وانما يصح ذلك عندنا على أصول نبينها بعد في كتاب الكتابة ان شاء الله تعالى فمن ذلك أن تكون بريرة قد عجزت عن أداء ما وجب عليها من نجومها وصارت في حكم من عاد الى الرق فلذلك أجاز بيعها ووجه ما أمر به صلى الله عليه وسلم من ابطال اشتراط الولاء ان الولاء ليس مما يتناوله البيع وانما هو شيء يترتب بالعتق وانما يملك المشتري منافع العبد ما دام حيا في رقه وهي التي يتناولها شراؤه ومن اشترط الولاء فانما اشترط معنى يثبت بعد زوال الملك فصح شراؤه ولم يؤثر استثناؤه في العقد لانه لم يتناول الاستثناء ما يتناوله عقد البيع وانما تناول معنى آخر لا يثبت الا بعد استيفاء المبيع وقد اختلف العلماء فيمن نكح على أن لا ميراث بينهما ففي الموازية عن أصبغ يفسخ وان دخل وقال محمد ليس بنكاح لا يتوارث في أصله فيكون حراما وانما دفع الميراث بالشرط فأحب الى أن يسقط الشرط ويثبت النكاح وبلغني ذلك عن مالك والمغيرة وقال بعض من تكلم على هذا الحديث ان الولاء اشترطته عائشة رضي الله عنها لنفسها وان معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم واشترطي لهم الولاء أي اشترطيه عليهم لان اللام قد تكون بمعنى على وهذا الذي قاله غير صحيح من وجوه أحدها ان اللام على أصلها لا يجوز أن يعدل بها عن ذلك الا بدليل والثاني أنه صلى الله عليه وسلم زجر عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فشرطه باطل كتاب الله أحق وانما الولاء لمن أعتق ووجه ثالث ما روى هشام عن أبيه عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب في ذلك فقال ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق يا فلان والولاء لي انما الولاء لمن أعتق وروى عبد الله بن يوسف عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أرادت عائشة أن تشتري جارية لتعتقها قال أهلها على أن ولاءها لنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعك ذلك فان الولاء لمن أعتق وهذا نص في منع ذلك التأويل والله أعلم

(فصل) وقولها ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تفور بلحم تريد مملوءة باللحم وما كان معه من مرقة حتى صارت تفور بالغليان فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت تريد ما يكون مدخرا في البيوت كالسمن والملح ولا يكاد يعدم منها وقوله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم انكار لتقديمهم اليه ما دون اللحم من الادام مع وجود اللحم وهذا يدل على انه صلى الله عليه وسلم لم يكن يقدم

اليه الا أفضل ما يكون عنده من الادام والطعام و يدل على ان أ كل الانسان أفضل مامعه من الادام ليس بمناف للورع لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كلوا من الطيبات واعملوا صالحا انى بما تعملون عليم لان الورع انما هو فى سلامة المكسب من الشبهة و بعد ذلك فان الايثار به وجه من وجوه البركما ان انفاقه على العيال والتوسعة منه عليهم وجه من وجوه البر

(فصل) وقولهم بلى يارسول الله ولكنه لحم تصدق به على بريرة وأنت لاتأ كل الصدقة اخبار له بالوجه الذى منع من تقديمه اليه وهو انه لايأ كل الصدقة وهذا مما تصدق به على بريرة وهذا يدل على أنه لم يكن يمتنع منه لفضله على سائر الادام ولو عهد منه تركه لذلك كما عهد منه تركه أ كل الصدقة لجوب به وليس من هذا الباب السرف فى المطعم والخروج به عن العادة ومايتخذ به المطاعم المستطابة المعتادة وتجاوز ذلك الى السرف الخارج عن العادة وجمع الادام والألوان على أ كثر الأوقات مع حاجة الناس وضيق معاشهم ولابأس بجمع الادام فى النادر لضيف أو وليمة أو ما أشبه ذلك أو احتفال فى عيد أو اجتماع وانما يكره من ذلك فى باب الورع الخروج الى حد السرف بكثرة الألوان والخروج بها عن الوجوه المعتادة من وضع الطيب فيها بكثير الأثمان وأقبح ما يكون ذلك عند نزول الحاجة بالناس وضيق معاشهم وضرورتهم الى المواساة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم هو لها صدقة وهو لنا هدية يريد صلى الله عليه وسلم انه لايأ كل صدقة أخرجها متصدقها فجعله صلى الله عليه وسلم محلا لقبولها أو كان هو صلى الله عليه وسلم ممن يأ كلها قبل أن تكمل الصدقة فيها ببلوغها محلها فاذا بلغت محلها وصارت بيد من تصدق بها عليه جاز أن يهديها اليه من قبضها وتصدق بها عليه أو يبيعها منه أو يصيرها اليه بغير وجه الصدقة ولو كان ماتصدق به مرة ثبت له حكم الصدقة أبدا لما جاز للفقير اذا تصدق عليه بشئ أن يبيعه من غنى بل لاخلاف بين المسلمين انها تنتقل عن حكم الصدقة الى حكم البيع والهبة والميراث فيرثها الغنى عن مورثه الفقير وتصير اليه عنه بالهبة وغير ذلك من أنواع التمليك ولا يكون لشئ من ذلك حكم الصدقة وانما له حكم الوجه الذى نقل آخرا و بالله تعالى التوفيق ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول فى الأمة تكون تحت العبد فتعتق ان لها الخيار مالم يمسها قال مالك وان مسها فزعمت انها جهلت ان لها الخيار فانها تتهم ولا تصدق فيما ادعت من الجهالة ولا خيار لها بعد ان يمسها * ش قوله فى الأمة تكون تحت العبد فتعتق ان لها الخيار من تعلق بدليل الخطاب اقتضى ذلك عنده انها اذا كانت تحت الحر ان لاخيار لها وهو مذهب مالك وان لم يقل بدليل الخطاب لما قدمناه فان الرتبة التى تحصل لها بالحرية فوق رتبة العبد فأوجب لها ذلك الخيار واذا كان زوجها حرا لم تكن بالعتق أرفع رتبة منه فلم يكن لها الخيار

(فصل) وقوله ان لها الخيار مالم يمسها يريد ان لايختص خيارها بالمجلس الذى يعلم فيه بعتقها بل لها ذلك مالم تمكنه من نفسها طائعة أو يترك ذلك ابتداء أو يوقفها السلطان فاما قضت واما أخرج ذلك من يدها (مسئلة) واذا قيل لها اختارى بعد العتق فقالت حتى أنظر وأستشير ومنعته نفسها فان ذلك لايقطع خيارها وهذا يدل على أن ذلك لايختص بمجلس العتق ولا بمجلس علمها به وفى المدنية سئل ابن كنانة عن أمة عتقت تحت عبد فأقامت تحته أياما ثم هاج بينهما شئ فأرادت أن تختار فقال اذا علم من حالها بعد عتقها الرضا لم يكن لها ان تختار لشئ وقع بينهما وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم لها ذلك الا أن يشهد عليها بالرضا والاقامة وترك الخيار

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول فى الأمة تكون تحت العبد فتعتق ان الامة لها الخيار مالم يمسها قال مالك وان مسها زوجها فزعمت أنها جهلت أن لها الخيار فانها تتهم ولا تصدق بما ادعت من الجهالة ولا خيار لها بعد أن يمسها

(فصل) وقوله فان مسها فزعمت انها جهلت ان لها الخيار لم تصدق ولا خيار لها وهذا كما قال لان ادعاءها الجهل يحق لها بعد أن يوجد منها ما ظاهره اسقاط ذلك الحق لا تصدق له لانه رجوع فى حق أسقطته

(فصل) وقوله ولا خيار لها بعد أن يمسها يريد بعد علمها بالعتق ولو قالت لم أعلم بالعتق وقد مسها بعده ففى كتاب ابن المواز انها مصدقة مالم تقم بينة انها علمت بذلك ووجه ذلك ان الأصل عدم علمها وما يدعى عليها من العلم فأمر طارئ يجب على مدعيه ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير ان مولاة لبنى عدى يقال لها زبراء أخبرته انها كانت تحت عبد وهى أمة يومئذ فعتقت قالت فأرسلت الىّ حفصة زوج النبى صلى الله عليه وسلم فدعتنى فقالت انى مخبرتك خبرا ولا أحب أن تصنعى شيأ ان أمرك بيدك مالم يمسك زوجك فان مسك فليس لك من الأمر شئ قالت فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا ﴾ ش قوله ان مولاة لبنى عدى يقال لها زبراء كانت تحت عبد وهى أمة يومئذ يدل على أن المولاة غير الأمة وانها لا توصف بمولاة حين كونها أمة ولذلك أخبر عن مولاة لبنى عدى وذكر انها كانت أمة يوم كانت تحت العبد ولو كانت مولاة حين كونها أمة لاستغنى عن أن يقول بعد قوله مولاة لبنى عدى أمة يوم كانت تحت العبد وانما وصفت زوجها بالعبودية لتشير الى أن هذا الحكم الذى ثبت لها بالعتق متعلق بمن كان زوجها عبدا

(فصل) وقوله فعتقت تحت العبد وبذلك العتق وصفت بعد ذلك بانها مولاة من أعتقها فلما عتقت أرسلت اليها حفصة زوج النبى صلى الله عليه وسلم تعلمها بما ثبت لها من التخيير بالعتق وهذا حكم كل من علم لأخيه المسلم حقا يخاف أن يخفى عليه ويضيع اذا لم يعلم به أن ينبهه عليه ويعلمه

(فصل) وقولها انى مخبرتك خبرا ولا أحب أن تصنعى شيأ يقتضى دين حفصة وفضلها وانها لم تقصد بذلك أذى الزوج وانما قصدت اعلامها بما يجب لها ثم أعلمتها انها لا تحب أن تفارقه بل تحب أن تبقى على حكم الزوجية ثم أعلمتها بحكمها فقالت لها ان أمرك بيدك مالم يمسك زوجك فاقتضى ذلك ان مدة كون أمرها بيدها مالم يمسها وما بعد ذلك فلا خيار لها لان المدة كلها مدة لامتناع خيارها فاذا تبين لها ان هذا المقدار من المدة ثبت لها فيه حكم الخيار لما كان من عتقها تحت عبد وجب أن يبطل الخيار بالمسيس ويرجع الى حكم ملك الزوج لها ثم بينت ذلك فقالت فان مسك فليس لك من الأمر شئ

(فصل) وقولها فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا يقتضى ما قلناه على احدى الروايتين ان الزوجة لما كانت حرة وملكت الطلاق ملكته ثلاثا وهذا يقتضى أنه لم يتقدم له فيها طلاق ولو تقدم له فيها طلقة لاحتسبت بها عليه واجتزأت الآن بطلقة واحدة تبرئها منه وفى المبسوط فى عبد تحته أمة فطلقها طلقة ثم عتق ثم طلقها ثانية فقد بانت منه بثلاث لأن نصف طلاق العبد طلقة تقوم مقام طلقة ونصف فاذا أوقعها كان كأنه قال لها أنت طالق طلقة ونصف طلقة ولو قال ذلك الحر لزمه طلقتان فكذلك العبد اذا أوقع طلقة لزمه طلقتان فاذا أعتق فانما بقيت له طلقة والنصف لا يصح ايقاعه فانما بقيت له فيها طلقة واحدة ص ﴿ مالك انه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر فانها تخير فان شاءت قرت وان شاءت فارقت ﴾ ش قوله رضى الله عنه أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر قال ابن زيد قلت لعيسى بن دينار قول سعيد بن المسيب أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فانه

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة ابن الزبير أن مولاة لبنى عدى يقال لها زبراء أخبرته انها كانت تحت عبد وهى أمة يومئذ فعتقت قالت فأرسلت الىّ حفصة زوج النبى صلى الله عليه وسلم فدعتنى فقالت انى مخبرتك خبرا ولا أحب أن تصنعى شيأ إن أمرك بيدك مالم يمسك زوجك فان مسك فليس لك من الأمر شئ قالت فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا * وحدثنى عن مالك أنه بلغه عن سعيد بن المسيب انه قال أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أوضرر فانها تخير فان شاءت قرت وان شاءت فارقت

بالخيار ماهذا الضرر فقال جذام أوشيء يمنع الوطء فأما رواية الأصل الذى فسرناه فالضرر فى الزوج الجذام والعنة والضرر على حسب ماتقدم فيه من الخلاف وأما على سؤال ابن زيد فان الضرر فى المرأة غير ماذكر داء الفرج وهو القرن الذى يمنع الوطء أوما أشبهه من موانع الوطء وقد تقدم الكلام على معانى هذه الصفات وأحكامها بما يغنى عن الاعادة ص ﴿ قال مالك فى الأمة تكون تحت العبد ثم تعتق قبل أن يدخل بها أو يمسها انها اذا اختارت نفسها فلاصداق لها وهى تطليقة وذلك الأمر عندنا ﴾ ش وهذا كما قال ان الأمة اذا أعتقت تحت العبد فان لها الخيار سواء دخل بها أولم يدخل بها على ماذكر فى الأصل فقد قال ابن زيد سألت عيسى بن دينار عن قول مالك لما جعل لها قبل أن بنى بها طلقة بائنة وهو يقول فى التى دخل بها تطلق ماشاءت ألبتة أو أقل من ذلك فقال انما أراد بذلك مالك أن تكون واحدة بائنة اذا لم تطلق نفسها ثلاثا وأمرها واحد دخل بها أولم يدخل بها لها أن تطلق ماشاءت من الطلاق قال وأخبرنى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله وأما اذا دخل بها فقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله ولاصداق لها يريد أنها طلقت نفسها قبل المسيس بمعنى تيقن فى الزوج فلاشيء لها من الصداق كالتى تفارق زوجها بجنون أوجذام أو برص

(فصل) وقوله وهى طلقة يريد على قول ابن نافع انه لم يوقع غير واحدة أولم ينو شيأ ولو أوقعت الطلاق لكان لها ذلك وعلى الرواية الثانية عن مالك أنه ليس لها غير طلقة لانها تبين بها والله أعلم

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول اذا خير الرجل امرأته فاختارته فليس ذلك بطلاق قال مالك وذلك أحسن ماسمعت ﴾ ش وهذا كما قال ان الرجل اذا خير زوجته فاختارت المقام معه ان ذلك لا يكون طلاقا والدليل على مانقوله ما أخرجه مسلم من رواية مسروق عن عائشة رضى الله عنها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يعده لنا طلاقا ومن جهة المعنى أنه علق الطلاق بصفة وهو أن يختاره أو يملكها اياه فتوقعه فاذا لم توجد الصفة أولم يوقع الطلاق من ملكه وجب أن لايقع أصل ذلك أن يقول ان دخلت الدار فأنت طالق أو يوكل أجنبيا على الطلاق فلا يوقعه ص ﴿ قال مالك فى المخيرة اذا خيرها زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثا وان قال زوجها لم أخيرك الا واحدة فليس ذلك له وذلك أحسن ماسمعت ﴾ ش قوله فى المخيرة اذا خيرها زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثا يريد أن اطلاق لفظ التخيير يقتضى تملكها ثلاث تطليقات على ماقدمناه من أن التخيير انما هو تخيير بين قطع العصمة وابقاء الزوجية وذلك لا يكون فى المدخول بها الا بثلاث تطليقات وقد اختلف العلماء فى معنى التخيير فذهب أبو بكر القاضى ان التخيير مكروه لما فيه من جمع الطلاق الثلاث قال الشيخ أبو عمران وما علمت من كرهه وهذا القول عليه جمهور العلماء والدليل على صحته ماروى مسروق عن عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه والفرق بين هذا وبين ايقاع الطلاق الثلاث جميعا ان هذا ليس بايقاع طلاق وانما هو تمليك الزوجة اياه وانما منع هو من ايقاعه (فرع) فاذا قلنا بأن التخيير مباح للزوج فهل يحرم على الزوجة اختيار الفرقة وهى ثلاث قال الشيخ أبو عمران انما يكره ذلك للزوج دون الزوجة

(فصل) وقوله فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثا ظاهره يقتضى أن قولها قد اخترت نفسى انما يقتضى فى التخيير ثلاث تطليقات وكذلك التمليك لان هذا اللفظ انما يقتضى ملكها لنفسها وازالة ملك الزوج منها فهذا معنى اختيارها لنفسها وهذا لا يكون الا بثلاث تطليقات فاذا اقتضى تخييره

* قال مالك فى الأمة تكون تحت العبد ثم تعتق قبل أن يدخل بها أو يمسها انها ان اختارت نفسها فلاصداق لها وهى تطليقة وذلك الأمر عندنا

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب انه سمعه يقول اذا خير الرجل امرأته فاختارته فليس ذلك بطلاق قال مالك وذلك أحسن ماسمعت قال مالك فى المخيرة اذا خيرها زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثا وان قال زوجها لم أخيرك الا واحدة فليس ذلك له وذلك أحسن ما سمعت

لها تمليكه الثلاث واقتضى اختيارها لنفسها الثلاث حكم بها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يطلق المخير تخييره أو يقيده فان أطلقه أو قيده بالثلاث حمل على ذلك واذا قيده بما دون الثلاث فحكمه حكم التمليك فاذا أطلق فأجابته المرأة فلا يخلو أن تجيب بلفظ يقتضى الثلاث أو بلفظ يقتضى ما دون ذلك أو بلفظ محتمل فان أجابت بلفظ يقتضى الثلاث فحكمه ما تقدم ولو قالت اخترت نفسى ثم قالت أردت به واحدة لم تصدق فى ذلك ولزمتها الثلاث لان اللفظ صريح فى ذلك (مسئلة) ولو خيرها فقالت طلقت نفسى واحدة بائنة ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ليس بشئ ووجه ذلك ما قدمناه من أن التخيير انما يقتضى قطع العصمة فاذا قالت طلقت نفسى واحدة كانت قد ردت التخيير ولا ينفعها قولها بائنة لان الواحدة لا تكون بائنة وان صرحت بأنها طلقت نفسها واحدة أو اثنتين أو قالت اخترت واحدة فقد قال ابن المواز ان مالكا وأصحابه قالوا ليس ذلك بشئ الا عبد الملك فانه قال يكون ثلاثا قال ابن المواز وما أدرى من أين أخذه وجه قول مالك انها قضت بغير ما جعله اليها لأنه جعل اليها قطع العصمة فلم تقطعها وانما طلقت نفسها واحدة وليس ذلك منها مما جعل اليها فكان ذلك ردا لما جعله اليها ووجه ما قاله ابن الماجشون ان طلاق التخيير يقتضى قطع العصمة وهو لا يتبعض واذا طلقت نفسها ببعضه لزم اتمامه كما لو طلقها زوجها نصف طلقة لكانت كاملة لما كانت الطلقة لا تتبعض وعلى هذا يجب أن يكون المخير قبل الدخول يقتضى تخييره الثلاث وبالله التوفيق (فرع) فاذا قلنا لا يلزمه شئ فلا يخلو أن ينكر عليها أو يسكت فان أنكر عليها وقال لم أخيرك الا فى قطع العصمة بالثلاث لم يلزمه ما قضت به من الواحدة وليس لها أن تستأنف اختيار نفسها بالثلاث قال ابن المواز وذلك قول جماعة أصحابنا الا أشهب فانه قال ذلك ما لم يفترقا وان سكت ولم ينكر فقد قال ابن المواز ان تبين منه الرضى بها لزمته وله الرجعة وليست هذه الطلقة من قبل الخيار طلقة لا رجعة فيها ومعنى ذلك أن المرأة اذا طلقت نفسها بحضرة الزوج وأظهر ما يقتضى الرضى بطلاقها لزمه ذلك والله أعلم وقولها قبلت نفسى عند ابن القاسم وجميع أصحابنا بمنزلة قولها اخترت نفسى قاله محمد الا أشهب قال بغير حجة هو بمنزلة قبلت أمرى تسأل عما أرادت به (مسئلة) وان أتت بلفظ محتمل مثل أن تقول قبلت أو قبلت أمرى أو اخترت فقط ففى كتاب ابن المواز وغيره عن ابن القاسم ليس هذا الفراق وتسأل عما أرادت به وروى ابن المواز عن أصبغ فى قولها اخترت أمرى هو فراق فى التخيير والتمليك ولا تسئل عما أرادت ولا تحل الا بعد زوج وجه قول الجماعة ان قولها قبلت أمرى لفظ عام فى الامر يحتمل معانى فلها أن تفسره بما شاءت ووجه قول أشهب ان ظاهر قبولها انما هو لما جعل اليها ما لم يكن لها من الفرقة فيحمل عليه (فرع) فاذا قلنا ان لها التفسير سئلت عما أرادت فقد قال ابن القاسم وأشهب ان قالت أردت انى قبلت ما جعل الى من الاختيار أو الملك وأنا أنظر الآن فأوقع ان شئت أو أرادان ذلك لها وفى الموازية عن عبد الملك ان قالت لم أرد به الطلاق لم يقبل منها ولو علم انها ممن يعلم الفرق بين ذلك وبين الطلاق وقصدته لم يقبل منها ولا يكاد يفرق بين ذلك من الرجال الا من يفقه فرأيت مذهبه انها البتة ووجه قول ابن القاسم ما قدمناه من ان لفظ الامر يحتمل ما قالته فيقبل منها ذلك ولا يلزمه أن لا يعلم هذا الا من يفقه فقد علمته هى وأخبرت به عن نفسها ولا يحمل الناس فى أحكامهم الا على المعرفة (فرع) ولو قالت أردت بذلك البقاء مع زوجى فقد قال أشهب فى الموازية لا يقبل ذلك منها ويكون طلاقا الا أن تأتى بما يعرف به صدقها ولو قالت كنت لاعبة أو مستهزئة لم يلزمها شئ ودينت

وظاهر قول ابن القاسم عندي ان ذلك مقبول منها وهو الاظهر لانها اذا قبل منها الاستهزاء أو اللعب فبأن يقبل منها ماقالته من الرضى بزوجها أولى وأحرى (مسئلة) وهذا في المدخول بها وأما غير المدخول بها فان زعم انه قال اختاري الثلاث فقضت بثلاث نفذ ذلك بينهما وان قضت بواحدة فلا شئ لها قاله ابن حبيب عن أصبغ وكذلك ان لم تكن له نية ووجهه ان اطلاق هذا اللفظ يقتضي الثلاث فيحمل على ذلك زاد ابن حبيب ولذلك لم تنوهي شيأ (مسئلة) فان قالت أردت واحدة وطلقت هي نفسها واحدة أو فسرت اللفظ المحتمل بواحدة ففي كتاب ابن سحنون هي على مانوت وان طلقت هي نفسها ثلاثا فهو على ماتقدم من التمليك

(فصل) وقوله وان قال زوجها لم أخيرك الا في واحدة فليس ذلك له معناه انه خيرها بلفظ هو صريح في الثلاث فاختارت بلفظ هو صريح في اختيار الثلاث فلم يكن له أن يدعي انه زاد واحدة ولو قالت هي أردت واحدة لم يقبل منها لما قدمناه ص ﴿ قال مالك وان خيرها فقالت قد قبلت واحدة وقال لم أرد هذا انما خيرتك في الثلاث جميعا انها ان لم تقبل الا واحدة أقامت عنده ولم يكن ذلك فراقا ان شاء الله تعالى ﴾ ش قوله انه خيرها فقالت قبلت واحدة على ماقدمناه من أن تخييره يقتضي التخيير بين المقام أو قطع العصمة فاذا اختارت واحدة فقد أعرضت عما جعل لها فاختارت غيره فلم يلزمه مااختارته لانه لم يجعل ذلك اليها

(فصل) وقوله انها ان لم تقبل الا واحدة أقامت عنده يحتمل وجهين أحدهما ان لم يكن في جوابها له قبلت الا واحدة على حسب ماتقدم من الخبر عنها فقد بطل خيارها ولزمها المقام عنده وهو قول أكثر أصحاب مالك والثاني انها ان لم تستأنف اختيار الثلاث بعد ان ناكرها الزوج فانها لاتنتفع بما أوقعته من الطلقة الواحدة فيقتضي ذلك ان لها أن تستأنف اختيار الثلاث مالم يفترقا بعد أن أنكر عليها الزوج ماأوقعته من الوجوه وهو قول أشهب والله أعلم

﴿ ماجاء في الخلع ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن انها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الانصاري انها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم من هذه فقالت أنا حبيبة بنت سهل يارسول الله فقال ماشأنك فقالت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ماشاء الله أن تذكر فقالت حبيبة يارسول الله كل ماأعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم من هذه يقتضي المبالغة في التغليس الا أن لايميزها وان عرف أنها من النساء الا أن تكون مستورة الوجه لكن ذكر الغلس مع قوله من هذه أظهر فيما قلناه وقوله صلى الله عليه وسلم لما قالت أنا حبيبة بنت سهل ماشأنك انكار لمجيئها في ذلك الوقت اذ لم يكن وقت زيارة لأمهات المؤمنين ولا وقت طلب حاجة وانما تبكر في هذا الوقت لمعنى مهم فأخبرته بشأنها فقالت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها اما لتعلمه ان ثابت بن قيس الذي تشكو هو زوجها ويكون ذلك من قول الراوي ليعلم من نقل اليه الحديث ان ثابت بن قيس الذي أرادت مباينته وقطع مابينها وبينه هو زوجها وان مانزعت من فراقه هو معنى قولها لا أنا ولا ثابت بن قيس

* قال مالك وان خيرها فقالت قد قبلت واحدة وقال لم أرد ذلك انما خيرتك في الثلاث جميعا انها ان لم تقبل الا واحدة أقامت عنده ولم يكن ذلك فراقا ان شاء الله تعالى

﴿ ماجاء في الخلع ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن يحيي بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن انها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الانصاري انها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم من هذه فقالت أنا حبيبة بنت سهل يارسول الله قال ماشأنك قالت لا انا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ماشاء الله أن تذكر فقالت حبيبة يارسول الله كل ماأعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت ابن قيس خذ منها فاخذ منها وجلست في أهلها

(فصل) وقولها لا أنا ولا ثابت بن قيس ظاهره الامتناع منه وحكمه حكم النشوز و يجبر على الرجوع اليه ان لم يرد فراقها بخلع أو غيره

(فصل) وقول النبي صلى الله عليه وسلم لزوجها لما جاء هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ماشاء الله ان تذكره اعلاماله بما أتت له وظاهر اللفظ يقتضي انه قصد صلى الله عليه وسلم الاخبار عن معنى ما أتت له ولم يفسر تفاصيل قولها و يحتمل أن تكون هي قد تشكت اليه ضررا فلم يحتج في أول الأمر الى أن يفسر له ذلك الضرر حتى يسئل عنه الزوج ويكفي من الاعلام للزوج أن يقال له اشتكت ضررا فان أنكره سئلت البينة عما تشكت منه وان سأل التفسير لينكر منه أكثر مما فعله أو ليبدي عذره فيما أتى به منه و يحتمل أن تكون حبيبة لم تشتك من ثابت بن قيس ضررا ولكنها كرهت مصاحبته خاصة فلذلك لم يحتج أن يذكر له ماتشكت منه وقد روى البخاري من حديث أيوب عن عكرمة عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن لا أطيقه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم والذي عليه جمهور الفقهاء انه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر خلافا لمن منع ذلك والدليل على مانقوله قوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا

(مسئلة) واذا كان الضرر من قبل الزوجة والكراهية للزوج فلا خلاف في جواز الخلع وان كان الضرر منهما معا فقد قال بعض القرويين لا يجوز أن يخالعها على ذلك بان يأخذ منها شيأ قال وهو منصوص لمن تقدم من علمائنا قال وليست كمسئلة الحكمين اذا كان الضرر منها جاز ذلك لان النظر في مسئلة الحكمين للحكمين فينفذ حكمهما في ذلك * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انه اذا جاز ذلك في مسئلة الحكمين فبأن يجوز منهما اذا اتفقا على ذلك أولى

(فصل) وقول حبيبة بنت سهل لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما أعطاني عندي اشارة الى أنها بذلته لزوجها على أن يفارقها وقد صرح في ذلك حديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها أتردين عليه حديقته قالت نعم وقد قال تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم خذ منها اباحة منه صلى الله عليه وسلم أخذ الفداء منها وقد يصح أن يكون ندبا الى ذلك لما رأى من اشفاقها واستضرارها بالمقام معه وقد بلغ ذلك منها الى أن خافت أن تأتي ماتأثم به

(فصل) وقوله فأخذ منها فجلست في أهلها اتماما منه لما قرره النبي صلى الله عليه وسلم بينهما من الخلع وليس فيه انه تكلم بطلاق ولا خلع وفي المبسوط من رواية ابن وهب عن مالك في رجل نكح امرأة فندم فقال له أهلها نؤدي اليك ما أخذ نا منك وتؤدي الينا ابنتنا ولم يكن بينهم طلاق ولا كلمة فقيل انه ان تزوجها بعد ذلك كان ماتقدم من ذلك تطليقة وتكون عنده على تطليقتين وفي العتبية من رواية ابن القاسم اذا قصدا الى الصلح على أن أخذ متاعه وسلم اليها متاعها فهو خلع لازم قال لها أنت طالق أو لم يقل ووجه ذلك ان المفهوم مما أتوه انفاذ الطلاق وايقاعه والفرقة الموجودة بينهما والانفصال انما كان على وجه الطلاق فوجب أن يكون طلاقا كالاشارة به أو الكتابة له

(فصل) وقوله وجلست في أهلها يحتمل أن يريد به ان كانت الدار لها انها جلست فيها دونه مدة العدة مع خدم ان كان لها أو حاشية ممن كان معها قبل الخلع ووصفت بذلك انها جلست في أهلها لما كان هذا الجلوس لها ومختصا بها وقبل ذلك فانما كان الجلوس له و يحتمل ان كانت الدار لها انها

بقيت فيها لم ينقلها عنها الاستحقاقها لها ولعله كان ساكنا معها في محلها عند أقاربها فانتقل هو عن ذلك المكان الى أهله وأقاربه والله أعلم ص ﴿ مالك عن نافع عن مولاة لصفية بنت عبيد انها اختلعت من زوجها بكل شئ لها فلم ينكر ذلك عليها عبدالله بن عمر ﴾ ش قوله انها اختلعت من زوجها بكل شئ لها يحتمل أن يكون ذلك قدر ما أصدقها وأن يكون أكثر أو أقل فأما الخلع بكل ما أصدقها أو أقل فجائز عند جميع الفقهاء وأما الخلع بأكثر من ذلك فسنذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقولها بكل شئ لها يحتمل أن يكون سمته ووصفته وأحضرته حتى كان معروفا غير مجهول ويحتمل أن يكون الخلع وقع لها بهذا اللفظ على أن تنخلع له من كل شئ لها فيكون ذلك مجهولا ولا يخلو ذلك من أن يوجد لها شئ أو لا يوجد لها شئ فان وجد لها شئ له مقدار فان الخلع نافذ وذلك ان الخلع على العبد الآبق جائز عند مالك ويجوز ذلك على الجنين في بطن أمه أو الجمل الشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها وفي المدونة والمبسوط يجوز بما يثمر نخله العام وبما تلد غنمه العام خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وهذا عام ومن جهة القياس انه مما يملك بالهبة والوصية فجاز أن يكون عوضا في الخلع كالمعلوم (فرع) اذا ثبت انه يصح الخلع بالغرر فانه ان سلم وقبضه فهو له على ما هو عليه وان تلف فلا شئ له غيره والطلاق نافذ على حكمه قاله القاضي أبو محمد والدليل على ذلك انه عقد يجوز في معين من الغرر فاذا لم يسلم لم يكن له غيره كالهبة والوصية (مسئلة) ولو خالعها على نفقة ولها مدة الحولين ورضاعه فيهما جاز ذلك فان شرط عليها نفقة الابن بعد الحولين أربع سنين أو ثلاثا فقد روى ابن القاسم عن مالك ان ما زاد على نفقة الابن وارضاعه في الحولين فهو باطل موضوع عن الزوجة وان شرط الزوج ولم يجعل له مالك بما بطل من شرطه شيأ وأجاز ذلك فيما زاد على الحولين من مدة أربعة أعوام أو الى انقضاء أمد الحضانة المخزومي واختاره سحنون ووجه بعض القرويين مذهب ابن القاسم بان المتخالعين أدخلا الغرر فيما أوقعا به الخلع من النفقة وما عدا ذلك من الغرر كالعبد الآبق والجمل الشارد فالغرر دخل فيه بغير فعلها وقال غيره من القرويين لم يمنع مالك الخلع بنفقة ما زاد على الحولين لأجل الغرر وانما منعه لانه حق مختص بالأب على كل حال فليس له أن ينقله الى غيره والفرق بين هذا وبين نفقة الحولين ان تلك النفقة وهي الرضاع قد تجب على الأم حال الزوجية وبعد الطلاق اذا أعسر الأب فجاز أن تنقل هذه النفقة الى الأم لانها محل لها وفي المبسوط أن مالكا احتج على ذلك بقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وهذه اشارة الى ما قدمناه ووجه رواية المخزومي أنه ازالة ملك تجوز ازالته بالغرر فجاز ازالته بنفقة أربعة أعوام أصل ذلك العتق (فرع) فان وقع الخلع على الوجه المباح بنفقة الابن فمات الصبي قبل انقضاء المدة فهل للزوج الرجوع عليها ببقية النفقة روى ابن المواز عن مالك لا يتبعها بشئ وروى عنه أبو الفرج يتبعها وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون في المبسوط انه لم يشترط لنفسه مالا يتموله وانما شرط أن تكفيه مؤنة الولد فاذا مات الولد لم يكن له الرجوع عليها بشئ كما لو تطوع رجل بالانفاق على الصبي ببينة فمات لم يرجع عليه بشئ لانه انما قصد بتطوعه تحمل مؤنته والله أعلم واتفقوا على أنها ان ماتت فنفقة الولد في مالها لانها حق ثبت فيه قبل موتها فلا يسقط بموتها ووجه رواية أبي الفرج انه حق يثبت له في ذمة الزوج بالخلع فلا يسقط بموت الصبي كما لو خالعها بمال متعلق بذمتها

* وحدثني عن مالك عن نافع عن مولاة لصفية بنت أبي عبيد انها اختلعت من زوجها بكل شئ لها فلم ينكر ذلك عليها عبدالله بن عمر *

(فصل) وان أعسرت بالنفقة أنفق الأب وهل يتبعها بمثل النفقة روى ابن الماجشون وابن عبد الحكم لا يتبعها به وروى أصبغ عن ابن القاسم يتبعها وقال أيضا لا يتبعها وجه القول الأول انه حق ثبت للابن على أبيه ثم عاوض به الأب الأم فأثبته في ذمتها عوضا من طلاقها فاذا أعسرت به كان للابن أن يتبع به الأب لانه ليس له أن يسقط حقا عليه وينقله الى عديم فيرجع الابن به على الأب ثم يرجع به الأب على الأم دينا يتبعها به لانه عوض طلاقها ووجه القول الثاني انه أمر غير ثابت على الأب ولا على الأم وانما يتعلق ذلك بيسر من يجب عليه حين الوجوب كنفقة الزوجة على الزوج (مسئلة) ومن خالع امرأته على انها ان ولدت منه فعليها نفقته في الحولين فان أرادت أن تطلبه بنفقة الحمل وبصداقها عليه ففي المبسوط عن مالك ليس لها صداق ولا نفقة حمل وقال المغيرة لها نفقة الحمل ولا شئ لها من الصداق ووجه قولها أنه لا شئ لها من الصداق أنها لم تشترط بقاءه فكان الظاهر اسقاطه لانه لم يرض منها بترك ما كان في ذمته حتى زادت نفقة الحمل ولم تكن في ذمته ووجه قول مالك انه لا نفقة لها انها اذا أسقطت نفقة الولد بعد الولادة فبأن تسقط ما وجب لها قبل ذلك أولى كما قلنا في الصداق انها اذا أسقطت نفقة الحولين اقتضى ذلك اسقاط الصداق ووجه قول المغيرة انها أسقطت عنه نفقة مقدرة فلا يتعدى الاسقاط الى غيرها والى ما ليس من جنسها ولا وجب بسببها لان نفقة الحمل في غير مدة الحولين ومن غير جنس الحولين واجبة بغير سببها ولا يشبه هذا ما أسقط من الصداق لانه أمر قد تقرر ووجب ونفقة الحمل لم تجب بعد فلا تسقط الا بالنص عليها

(فصل) وأما ان خالعها على جميع ما تملك ولم يوجد لها شئ ففي كتاب ابن المواز اذا خالعها على ما في يدها فلم يوجد في يدها شئ أو وجد فيه ما لا ينتفع به كالحجر قال أشهب لا يلزمه طلاق وان وجد فيه ما ينتفع به كالدرهم ونحوه لزمه الخلع قال عبد الملك يلزمه الخلع لانه رضي بما غرته به واختاره ابن المواز وسحنون وجه القول الأول انها غرته فلم يلزمه الخلع كما لو قالت له أخالعك بعبدي هذا وهو حر فانه لا يلزمه خلع أو أخالعك بهذه الدار ولم تكن لها فقد قال عبد الملك في المبسوط انها تبقى على الزوجية ولو كانت الدار لها فأسلمتها اليه فاستحقت من يده بعد الخلع ورجع عليها بقيمة ما استحق من يده قال عبد الملك لان هذا قد قبضه والأول لم يقبضه وانما خالعها به على أن تسلمه اليه وقال أحمد بن المعذل اذا خالعها على عطائها أو وصية ولم يكن لها شئ من ذلك فهي زوجة وكذلك ان لم يكن في يدها شئ وهو بمنزلة أن يخالعها على حر غرته به وأما ان كان لها عطاء فسقط اسمها أو لم يحمل الثلث وصيتها فانه يمضي الخلع عليه ولا شئ له وبالله تعالى التوفيق (فرع) فاذا قلنا لا يلزمه الخلع فقد قال أشهب لا يكون طلاقا وقال مطرف لو أخذت لوزة أو حصاة وخالعته بها فان كان شئ مما ينتفع به وان قل فرضي به وعرف ما هو فهو خلع وأما حصاة وما لا ينتفع به فليس بخلع وهو طلاق رجعي وجه قول أشهب انه انما أوقع الطلاق بشرط أن يحصل له شئ ينتفع به فلما وجده على غير ذلك بطل الطلاق جملة كما لو غرته من حر فخالعته به على انه عبد ووجه قول مطرف أن الطلاق قد وقع فلما لم يكن له عوض لم يكن بائنا وكان رجعيا (مسئلة) ولو خالعها على خمر أو خنزير أو ما لا يحل من تعجيل دين مؤجل نفذ الخلع وبطل العوض وبقي الدين المؤجل الى أجله ويكون الطلاق بائنا خلافا لأبي حنيفة في قوله هو رجعي ولا يكون للزوج عليها شئ ويحتمل أن يكون قول مطرف على هذا خلافا للشافعي في قوله عليها مهر المثل لانه طلاق وقع على وجه المعاوضة فكان بائنا ولان الزوج لما رضي ما لا يحل من العوض لم يكن له غيره كما لو أعتق عبده أو أمته على خمر أو خنزير فانه لا يرجع

عليها بشئ (مسئلة) وان قصدا الى ايقاع الخلع دون عوض قال القاضي أبو محمد هو خلع عند مالك وقال أشهب يكون طلاقا رجعيا والدليل على قول مالك أن عدم حصول العوض في الخلع لا يخرجه عن مقتضاه أصل ذلك اذا خالع بخمر أو خنزير ووجه قول أشهب انه طلاق عرا عن عوض واستيفاء عدد فكان رجعيا كما لو كان بلفظ الطلاق وفي كتاب ابن المواز انهما اذا تداعيا الى الصلح وافترقا عليه وان لم يأخذ منها شيأ فهو فراق كما لو أخذ منها وفي العتبية من رواية ابن القاسم انهما لو قصدا الى الصلح على ان أخذ متاعه وسلم اليها متاعها انه خلع لازم قال أنت طالق أو لم يقل قال في كتاب محمد وان لم يقصدا الى الصلح وقال لي متاعي ولك متاعك أو لك زيادة كذا فله الرجعة ووجه ذلك انهما اذا اقتضيا الصلح فقد أحرز ما صار اليه بالطلاق الذي طلقها الآن لأن معنى الصلح الذي ذكر أن يطلقها من أجل ذلك وأما اذا قصد طلاقها دون شئ من ذلك وأباح لها أن تأخذ مالها ويأخذ ماله فهذا ليس بخلع ولهذا قال ابن القاسم في باريتك انها طلقة واحدة بائنة لأن معنى ذلك انه طلقها لتبرئه مما كانت تطلبه به محقة أو مبطلة وبرئها هو أيضا وذلك من باب الخلع والله أعلم ولذلك قال مالك في العتبية والموازية فيمن قال لامرأته ألك عندي شئ قالت لا ولا لك عندي شئ قال لا قال فاشهدوا اني برئت منها وبرئت مني فافترقا على ذلك ثم قامت بما كان لها قبله وقالت لم أرد المبارأة وقال هو أردت المبارأة فان قالت البينة كنا نرى انهما أرادا المبارأة فذلك نافذ ولا شئ لها عليه وكذلك ان شهدوا بما ذكرنا أول السؤال فقط فلا شئ لها (مسئلة) وان صالحها على ان أعطاها شيأ من ماله وفارقها ولم يأخذ منها شيأ وظن انه وجه الصلح ففي المبسوط من رواية ابن وهب عن مالك قولان أحدهما انها طلقة رجعية ثم رجع فقال هو خلع وهو قول ابن القاسم في المدونة وجه القول الاول انه طلاق لم يأخذ الزوج به عوضا فلم يمنع ذلك كونه رجعيا كما لو لم يعطها شيأ ووجه القول الثاني انه عطاء في خلع فاقتضى البينونة وقطع الرجعة كما لو أعطته الزوجة ووجه آخر وهو انه قطع بما أعطاها مطالبتها قبله وذلك سبب حكم الخلع ص * قال مالك في المفتدية التي تفتدي من زوجها انه اذا علم ان زوجها أضر بها وضيق عليها وعلم انه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها مالها قال فهذا الذي كنت أسمع والذي عليه أمر الناس عندنا * ش وهذا كما قال ان المفتدية اذا كان افتداؤها الاضرار زوجها وظلمه لها لم يلزمها ما افتدت به وذلك ان اضرار زوجها بها لا يجوز له بل هو ممنوع منه وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك فيمن علم من امرأته بالزنى لم يكن له ان يضارها حتى تفتدي ومن الاضرار بها الموجب لرد ما أخذ منها ان يؤثر عليها ضرتها ولا يفي بحقها في نفسه وماله وذلك أنه لا يجوز له أن يحبسها اذا لم ترض بالاثرة عليها وانما له أن يمسكها من غير اضرار بها باثرة ولا غيرها أو يفارقها لقوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان (مسئلة) وليس من الاضرار بها البغض لها قاله ابن القاسم في الموازية وانما الاضرار عندي الاذى بضرب أو اتصال شتم في غير حق أو أخذ مال أو ايثار وفي المبسوط عن مالك وليس عندنا في قلة الضرر وكثرته شئ معروف ولا موقوت ومعنى ذلك انه لا يتقدر بحد لا يكون ضررا حتى ينتهي اليه وانما ذلك بقدر ما يعلم انه مضر بها من تكراره أذاه لها

(فصل) وقوله اذا علم انه أضر بها أو ضيق عليها وعلم انه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها مالها يريد ان ما التزمه من طلاق الخلع يلزمه لأنه أوقعه باختياره ويرد ما أخذ منها من العوض ولا يأخذ منها ما كانت التزمته له من نفقة ورضاع رواه عيسى عن ابن القاسم لأنها دفعته اليه غير محتاجة لرفعه

* قال مالك في المفتدية التي تفتدي من زوجها انه اذا علم أن زوجها أضر بها وضيق عليها وعلم أنه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها مالها قال فهذا الذي كنت أسمع والذي عليه أمر الناس عندنا

* قال مالك لا بأس بأن تفتدى المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاها

وانما دفعته اليه لتتخلص بذلك من ضرره وظلمه ولا يحل له أن يأخذ على ترك الظلم والتعدى عوضا فعلى هذا يرد ما أخذ منها ويسقط عنها ما التزمته من نفقة وأجرة رضاع قاله مالك والأصل فى ذلك قوله تعالى ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة والفاحشة يصح أن يراد بها الاذى والبذاء ولذلك يقال أفحش الرجل فى قوله اذا بالغ فى السب قال ابن بكير من أصحابنا وقال ابن عباس الفاحشة النشوز وقال ابن بكير اذا نعتت الفاحشة بمبينة فهى من باب البذاء باللسان واذا لم تنعت وأطلقت فهى الزنى وقيل اذا كانت الفاحشة بالالف واللام فهى الزنى واللواط قال الحسن معنى ذلك سمح للازواج فى المضارة بهن اذا أتين بفاحشة مبينة حتى يفتدين ببعض ما أعطوهن ومثله روى عن ابن عباس فى النشوز والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وعلم انه ظالم لها يقتضى ان ذلك لا يكون بمجرد دعواها انه أضر بها وانما يكون ذلك باقراره ان أقر بذلك أو ببينة تشهد له وفى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم اذا قامت بعد الخلع بينة يشهدون على السماع انه كان يضر بذلك قال وهل يشهد هؤلاء على السماع يسمع الرجل من أهله أو من الجيران ويكون فاشيا والشهادة فى ذلك عندى تكون على وجهين أحدهما ان يكون الخبر عن الاضرار بها متواترا حتى يقع العلم بذلك للشهود ويشهدون فى ذلك على علمهم كما يشهد فى الموت على علمه من لم يعاين الميت على الخبر المتواتر بذلك وكما يشهد فى النسب وعدة الولد والوراثة على علمه ويدل على صحة هذا الوجه ما قاله أصبغ انه ان شهد شاهد واحد على البتات صحت شهادته ويحلف ان لم يكن غيره ويرد اليها ما أخذ منها ويمضى الفراق وقال ابن القاسم لأن يمينها على مال والوجه الثانى على السماع الفاشى من أهل العدل وغيرهم ولا يقبل فى مثل هذا أقل من شاهدين لأن الشهادة على السماع لا يقبل فيها شاهد مع يمين المدعى ولا يقبل فيها أقل من شاهدين ولذلك قال ابن القاسم فى هذا الوجه لما سأله أصبغ يجوز فى ذلك شاهد واحد على البت كيف يعرف ذلك قيل له يقول سمعت واستبان لى قال يسمى به فانظر فيه فتوقف لدينه وفضله فيما لم يتحققه وأنفذه أصبغ من رأيه لما تحققه ثم استصوبه ابن القاسم واحتج على صحة الحكم به مع يمين الزوجة بان قال ان يمينها على مال فهذا وجه هذه المسئلة لكن الموثقين خلطوا الوجهين فى عقودهم فغيروا معناهما والله أعلم (مسئلة) وان خالع امرأته على مال وأخذ منها حميلا بما لحقه من درك فقد حكى أبو عبد الله بن العطار انها ان أثبتت الضرر لم تسقط التبعة عن الحميل فيما ضمنه لانه لم يكره بضرب ولا غيره ولا يرجع الحميل على المرأة بشئ وقد ذهب بعض فقهاء الصقليين الى هذا (مسئلة) ولو ثبت اضرار الزوج بها والتزم هو تصديقها فى ذلك ففى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فيمن تشكت امرأته ضرره فاشهد لها ان عاد فهى مصدقة فى ذلك وأمرها بيدها تطلق نفسها البتة فأشهدت بعد أيام وزوجها غائب ان زوجها عاد الى أذاها وانها طلقت نفسها وأنكر الزوج أن يكون أذاها ثم قدمت المرأة وزعمت انها كذبت فيما شكت من الأذى ولا يعرف ذلك الا بقولها قال قد بانت منه ولزمه ما قضت لانه جعلها مصدقة وقال مثله أشهب ص ﴿قال مالك لا بأس بأن تفتدى المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاها﴾ ش وهذا كما قال انه يجوز للرجل أن يطلق المرأة على أن يأخذ منها أكثر مما أصدقها وأقل ومثل ذلك والدليل عليه قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وهذا عام فى الجنس والقدر الا ما خصه الدليل ومن جهة المعنى ان هذه معاوضة فى ارسال ما يملكه الزوج فلم يكن عوضها مقدرا كالكتابة (مسئلة) ولو خالعها قبل البناء على دار أو ثوب أو عبد وكان قد أصدقها مائة دينار

قبضته أولم تقبضها فانها ترد المائة قاله ابن القاسم واحتج بما قدمناه من انه ان لم يرض منها الا بما كان في يدها مما لم يجر له ذكر في النكاح فبأن ترد ما يدفع اليها أولى وأحرى وقال أصبغ ان قبضته فلا ترد منه شيأ وان كان ما أعطت الزوج أقل من النصف أو أكثر أو النصف سواء لانه بمعنى الصلح الا أن تشترط الزوجة رد شئ منه (مسئلة) ولو خالعها على عشرة من صداقها قال مالك لها نصف ما بقي لان اشتراطها عشرة من صداقها يقتضي بقاء الباقي على حكمه ولو أعطته عشرة على أن يطلقها تطليقة اتبعته بنصف هذا المهر لانها اشترت بها هذه الطلقة وأما في الخلع المبهم فلا تتبعه بشئ خلعته بعطية أو بغير عطية وأما بعد البناء فلا ترد هي ما قبضت من الصداق ان كانت قبضته وتتبعه بما عليها من مهرها ان كانت لم تقبضه (مسئلة) وهذا اذا كانت مالكة أمر نفسها فان كانت محجورا عليها بأب أو وصي أو سيد يحجر على أمته فانه لا يصح خلعها فان وقع الطلاق نفذ الخلع وارتجع الولي ما أعطته من المال وطالب بما وهبته من صداق أو غيره لانها لا تصرف لها في مالها فكان للولي استرجاع ما أمضت منه وهذا المشهور من قول أصحابنا وفي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في التي لم تبلغ المحيض وقد بنى بها الزوج فصالحته على ما أعطته ان ذلك نافذ وله ما أخذ ان كان مما يصالح به مثلها ووجه ذلك أنها مالكة أمرها في الاستمتاع ولها أن تسقط حقها اذا شاءت فكان لها المعاوضة عنه باستخلاصه على عوض تدفعه اذا لم يكن في ذلك غبن عليها كما يجوز لها أن تشتري خبزا لقوتها لما كانت تملك أكله أو تركه ولم يكن للولي نظر في ذلك وقال أبو بكر بن اللباد ان المعروف من قول أصحابنا ان المال مردود والخلع ماض (مسئلة) وهذا اذا لم تكن بلغت فان كانت بالغا فقد قال سحنون يجوز أن تفتدي من زوجها قبل البناء وله ما أخذ ولا رجوع لها فيه وقال أصبغ لا يجوز ما بادلت به الصغيرة ولا السفيهة البالغ وكذلك بعد موت الأب ويرد الزوج ما أخذ ويمضي الفراق وقول سحنون مبني على ان اليتيمة البالغ مالكة أمر نفسها وهو قوله وقول أصبغ مبني على انها محجور عليها وهو المشهور في المذهب وبالله التوفيق (مسئلة) وأما الصغير فيجوز أن يخالع عنه الأب والوصي ولا يطلق عليه الا على وجه المبارأة وأما البالغ السفيه فقال ابن الماجشون لا يجوز أن يخالع عنه أب ولا وصي لانه يملك الطلاق وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية يباري عن السفيه ويزوجه بغير أمره وهذا الخلاف مبني على اختلاف أصحابنا في اجباره على النكاح والله أعلم (مسئلة) فان كان الولي أبا فلا خلاف في المذهب انه يجوز له أن يخالع عنها وان كان وصيا فهل له ذلك أم لا المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك انه ليس ذلك لأحد الا للاب وروى ابن نافع عن مالك ان الوصي يخالع عن اليتيمة يزوجها أبوها ويلزمها ذلك وجه القول الأول ان من لا يملك الاجبار بنفسه لا يملك الخلع كالولي الذي ليس بوصي ووجه الرواية الثانية انه ولي يحجب سائر الأولياء حال البكارة كالأب وروى زياد بن جعفر عن مالك لا بأس أن يباري الولي والخليفة عن الصغيرة (مسئلة) وأما المريضة ففي كتاب ابن المواز عن مالك لا يجوز الخلع وروى ابن عبد الحكم عنه جواز ذلك وجه القول الأول انه عاوضها بالطلاق على أمر لا تملكه لان الزوجة لا تملك تصيير مالها اليه حال مرضها ووجه القول الثاني ان مرض أحد الزوجين لا يمنع وقوع الطلاق فلم يمنع المقصود به من ازالة الملك (فرع) اذا قلنا انه يجوز الخلع فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك يكون له خلع مثلها ويرد ما بقي وقال ابن القاسم ان ماتت من ذلك المرض فله قدر ميراثه الا أن تكون ما خالعته به أقل فله الأقل وجه القول الأول ان هذا معاوضة بما يرسل الزوج من ملك بضعها وهي في مرضها

غير ممنوعة من المعاوضة بمالها وانما هي ممنوعة من المحاباة فلذلك كان له خلع مثلها ومنع المحاباة ان زادته على خلع مثلها ووجه قول ابن القاسم ان الميراث كان له ان ماتت من مرضها فان خالعته بأقل من ذلك فقد رضي باسقاط بعض حقه فكان له ما أبقى منه (فرع) فاذا اعتبرنا ميراثه منها فانما ينظر في ذلك الى مالها من يوم ماتت ولا يحسب عليها ما أنفقت قال محمد ولا ماتلف وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية انما يعتبر بقدر ميراثه منها يوم الصلح ولا ينظر الى ماتلف من مالها بعد ذلك وجه القول الاول وهو قول محمد ان الميراث انما يكون يوم موتها فوجب أن يكون الاعتبار بقدره ذلك اليوم ووجه قول ابن القاسم ان العقد انما لزم يوم الصلح فيجب أن يكون ما يعتبر به العوض منها بما كان عليه يوم لزوم العقد

﴿ طلاق المختلعة ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع ان الربيع بنت معوذ بن عفراء جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فأخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان بن عفان فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره وقال عبد الله ابن عمر عدتها عدة المطلقة ﴾ ش قول الربيع انها اختلعت من زوجها وبلغ ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه فلم ينكره أرادت بذلك انه أمر غير محظور على أحد الزوجين اذا لم يكن ذلك عن ظلم أحدهما الآخر وقد يجوز أن يخالع الرجل المرأة من غير أمر يقتضيه الا رغبة المرأة عن الزوج وكراهيتها له وقد خالع ثابت بن قيس بن شماس زوجه حبيبة بنت سهل فحكم النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فكيف ينكره عثمان بن عفان رضي الله عنه ولعله قد شاهد ذلك الخلع أو بلغه والله أعلم وقد احتج محمد بن المواز في ذلك بقوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا فافرد الاعراض من النشوز

(فصل) وقول عبد الله عدتها عدة المطلقة يريد المطلقة التي لم تعط على ذلك عوضا ومعنى ذلك ان العدة عن الطلاق لا تختلف باختلاف الطلاق بل هي سواء في الطلاق على وجه الخلع بالعوض والطلاق المبتدأ من غير عوض والله أعلم ص ﴿ مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب كانوا يقولون عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء ﴾ ش قولهم رضي الله عنهم ان عدة المختلعة مثل عدة المطلقة على ما تقدم ثم فسروا ذلك بانها ثلاثة قروء وهذا في ذات الاقراء ولم يريدوا بذلك انها لا تساويها الا في الاقراء بل هي مساوية لها في العدة بالحمل والشهور والمرتابة كما هي مساوية لها في الاعتداد بالاقراء والله أعلم (مسئلة) والخلع طلاق وليس بفسخ خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ان الزوج أخذ عوضا على ارسال ما يملكه والذي يملك الطلاق دون الفسخ ووجه آخر ان كل فرقة يصح ابقاء النكاح مع الموجب لها وانها طلاق كفرقة العنين والمعسر بالنفقة

ص ﴿ قال مالك في المفتدية انها لا ترجع الى زوجها الا بنكاح جديد فان هو نكحها ففارقها قبل أن يمسها لم تكن له عليها عدة من الطلاق الآخر وتبنى على عدتها الأولى قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك ﴾ ش قوله رحمه الله في المفتدية ان حكمها حكم المختلعة وقد روى ابن وهب عن مالك أن المبارئة هي التي تبارى من زوجها قبل البناء بها فتقول خذ الذي لك واتركني والمفتدية هي التي تعطيه بعض الذي لها وتمسك بعضه وكذلك المصالحة والمختلعة هي التي تعطيه جميع مالها وتخلع عنه وفي المدنية من رواية محمد بن يحيى عن مالك مثل ذلك في المبارئة والمفتدية والمختلعة وروى عيسى

﴿ طلاق المختلعة ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن نافع ان الربيع بنت معوذ بن عفراء جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فأخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان ابن عفان فبلغ ذلك عثمان ابن عفان فلم ينكره وقال عبد الله بن عمر عدتها عدة المطلقة * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب كانوا يقولون عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء * قال مالك في المفتدية انها لا ترجع الى زوجها الا بنكاح جديد فان هو نكحها ففارقها قبل أن يمسها مالم يكن له عليها عدة من الطلاق الآخر وتبنى على عدتها الاولى * قال مالك وهذا أحسن ماسمعت في ذلك

ابن دينار عن مالك ان المبارئة هي التي لا تأخذ شيأ ولا تعطي والمختلعة هي التي تعطي وهذا كله يكون قبل الدخول وبعده فما كان قبل الدخول فلا عدة فيه قال القاضي أبو محمد هذه الألفاظ الأربعة تعود الى معنى واحد وان اختلفت صفاتها من جهة الايقاع وفسرها بما قدمناه والله أعلم

(فصل) وقوله في المفتدية انها لا ترجع الى زوجها الا بنكاح جديد يقتضي فصلين أحدهما ان طلاقه ليس برجعي بل هو بائن خلافاً لأبي ثور والدليل على مانقوله انها انما أعطته العوض لتملك نفسها ولو كان طلاق الخلع رجعيا لم تملك نفسها ولم تنتفع به ولا جتمع للزوج العوض والمعوض عنه والفصل الثاني ان له أن يتزوجها بنكاح جديد في العدة وبعدها فاما بعد العدة فهو أحد الخطاب وأما في العدة فان العدة منه فلا تمنعه عقد النكاح وانما تمنع غيره فان كانت حائلا فذلك مباح له في جميع أوقات العدة وان كانت حاملا فذلك له مالم يثقل حملها فتكون حينئذ بمنزلة من تزوج مريضة وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا مع اطلاق العقد ولو بذلت له العوض وشرط الرجعة ففيها روايتان رواهما ابن وهب عن مالك احداهما ثبوتها وبها قال سحنون والثانية نفيها قال سحنون وجه الرواية الاولى انهما قد اتفقا على أن يكون العوض في مقابلة ماسقط من عدد الطلاق وذلك جائز ووجه الرواية الثانية انه شرط في العقد ما يمنع المقصود منه فلم يثبت ذلك كما لو شرط في عقد النكاح ان لا يطأ

(فصل) وقوله فان هو نكحها ففارقها قبل أن يمسها لم يكن عليها عدة من الطلاق الآخر يريد رحمه الله لان هذا النكاح لم يمس فيه فلا تثبت فيه عدة لقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وهذا ان كان تزوجها بعد انقضاء العدة فان تزوجها وفارقها قبل أن تنقضي العدة فهي على عدتها الاولى لان النكاح الثاني لا يؤثر في العدة ولا يبطل التمادي عليها الا بالمسيس فاذا عرا من المسيس فلا يثبت فيه حكم العدة وبالله التوفيق ص ﴿ قال مالك اذا افتدت المرأة من زوجها بشئ على أن يطلقها فطلقها طلاقا متتابعا نسقا فذلك ثابت عليه فان كان بين ذلك صمات فما أتبعه بعد الصمات فليس بشئ ﴾ ش قوله رحمه الله اذا افتدت المرأة من زوجها بشئ على ان يطلقها طلاقا متتابعا نسقا فذلك ثابت عليه يريد ان من قال لزوجته في طلاق الخلع الذي تبين به الزوجة وتخرج به عن حكم الزوج أنت طالق أنت طالق أنت طالق وكان ذلك متصلا فان حكمه في اللزوم حكم من قال لها ذلك في لفظ واحد أنت طالق ثلاثا خلافا للشافعي والدليل على ذلك ان نسق الكلام بعضه على بعض متصلا يوجب له حكما واحدا ولذلك اذا اتصل الاستثناء باليمين بالله أثر وثبت له حكم الاستثناء واذا انفصل عنه لم يكن له تعلق بما تقدم من الكلام

(فصل) وقوله رحمه الله فان كان بين ذلك صمات فليس بشئ يريد ان لم يتصل كلامه وتخلله صمت أو كلام لم يتعلق بما قبله ولما كانت المختلعة لا يلحقها طلاق مبتدأ لم يلحقها طلاق يتخلل بينه وبين المخالعة صمات لان ما حال بينه وبين طلاق صمت فهو كلام مبتدأ له حكم الطلاق المبتدأ ولما كانت المختلعة لا يلحقها طلاق في العدة لم يلحقها الطلاق الذي حال بينه وبين الطلاق الأول صمت وقال أبو حنيفة يلحق المختلعة الطلاق في العدة والدليل على مانقوله ان هذه لا يلحقها طلاقه بلفظ يعمها وسائر نسائه فلم يلحقها طلاق يخصها أصل ذلك المطلقة قبل البناء والله أعلم

* قال مالك اذا افتدت المرأة من زوجها بشئ على أن يطلقها فطلقها طلاقا متتابعا نسقا فذلك ثابت عليه فان كان بين ذلك صمات فما أتبعه بعد الصمات فليس بشئ

عويمرا العجلانى جاء الى عاصم بن عدى الانصارى فقال له يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لى ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ماسمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى أهله جاءه عويمر فقال ياعاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم لعويمر لم تأتنى بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المساءلة التى سألته عنها فقال عويمر والله لا أنتهى حتى أساله عنها فقام عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل فيك وفى صاحبتك فاذهب فائت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين

﴿ ماجاء فى اللعان ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدى أخبره أن عويمرا العجلانى جاء الى عاصم ابن عدى الأنصارى فقال له ياعاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لى ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ماسمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى أهله جاءه عويمر فقال ياعاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم لعويمر لم تأتنى بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التى سألته عنها فقال عويمر والله لا أنتهى حتى أسأله عنها فقام عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل فيك وفى صاحبتك فاذهب فائت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين ﴾ ش قوله ان عويمرا العجلانى يقال انه عويمر بن أبيض العجلانى جاء الى عاصم بن عدى على حسب مايلجأ الناس فى مهم أمورهم وموادهم الى أهل الفضل والعلم والتقدم منهم وعويمر هذا من أقارب عاصم بن عدى المذكور فلجأ اليه ليسئل له النبى صلى الله عليه وسلم فيما نزل به لكون عاصم ممن يقرب من النبى صلى الله عليه وسلم لتقدمه وفضله مع علمه ودينه فكان أعلم بما سئل فيه وأوعى للجواب عنه وقد روى البخارى عنه من حديث القاسم بن محمد عن ابن عباس ذكر المتلاعنان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم بن عدى فى ذلك قولا ثم انصرف فأتاه رجل من قومه فقال له انه وجد مع امرأته رجلا فقال عاصم ماابتليت بهذا الأمر الالقولى

(فصل) وقوله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يصنع وهذا من التحرز فى السؤال لئلا يصرح بقذف من نسب اليه ذلك فيجب عليه الحد ولعله كان يعتقد أن مثل ذلك يجب عليه فى امرأته لان حكم اللعان لم يكن نزل بعد ولعله أيضا لم يرد أن يعلن بخبره وأراد أن يكون اعلانه وكتمانه على حسب مايبدو اليه من حكم القضية ولذلك استناب عاصم بن عدى فى السؤال ومعنى قوله أيقتله فتقتلونه على وجهين أحدهما هل يجب عليه فى قتله القصاص والثانى هل من وجه يصل به الى ازالة ما أصابه عن نفسه والى شفاء غيظه بغير هذا الوجه من قتله الذى اذا فعل قتل به ثم قال سل لى ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم

(فصل) وقوله فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ماسمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد والله أعلم انه كره مثل هذا أن يقذف رجل امرأته ويرميها بزنى من غير أن تقدم له بينة بما يدعيه لما اعتقد أن الحد يجب عليه كما يجب فى قذفه الأجنبية ولذلك روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لهلال بن أمية لما قذف امرأته عند النبى صلى الله عليه وسلم البينة والاحدفى

ظهرك فقال هلال والذى بعثك بالحق انى لصادق فلينزلن الله ما يبرئ ظهرى من الحد فنزل والذين يرمون أزواجهم حتى بلغ ان كان من الصادقين ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم كره التسرع فى ذلك نظر ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم كره السؤال لمعنى يقترن به فكرهه لوجهين أحدهما أن يكون من سؤال من يريد به التشغيب ولا يقصد التفقه كما كان يسئله بعضهم عن ناقة ضلت له أو من أبوه وما جرى مجرى هذا وقد روى عنه أنه قال اتركونى ما تركتكم فانما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم لانبيائهم واختلافهم عليهم والوجه الثانى انه كان صلى الله عليه وسلم يكره كثرة السؤال لما فيه من التضييق على الناس وان لم يسئل عنه ووكل الناس فيه الى اجتهاد علمائهم واذا سئل عن القضية ونص عليها لزم امتثال ذلك النص ولم تحل مخالفته وربما كان فيه بعض التشغيب فيؤدى ذلك الى التضييق على الناس وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال ان أعظم الناس جرما من سأل عن شئ لم يحرم فحرم من أجل مسئلته وليس هذا حكم سائر الناس وتسائلهم عن المسائل فانه من قصد بسؤال العالم التبكيت والتعنيت والأذى لم يجز ذلك سواء وجد عنده علما أو لم يجد لفساد مقصد السائل فان سأل على سبيل المناظرة والمجاراة فيها ليتبين الحق أو ببديها فى النظر ويستعان بذلك على استعماله اذا احتيج اليه فهو وجه من السؤال صحيح ولو سأل على سبيل الاستفتاء من فرضه ذلك فهذا أمر واجب والله أعلم وليس فى شئ من هذين الوجهين اللذين ذكرناهما وجه يتوقع الآن لان الشرع لا ينتقل عن الجواز الى المنع لتكلم العلماء فى وقتنا هذا فى المسائل ولا لسؤال العالم وفتياه فى الاحكام

(فصل) وقوله فلما رجع عاصم الى أهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد فى مسئلته التى كلف عاصما السؤال عنها الا انه انما جاءه مقتضيا الجواب فيها حين كلفه السؤال عنها فقال له عاصم لم تأتنى بخير يريد ان ما كلفتنى من السؤال لم يثمر خيرا ولا سببه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كره مسئلتك وهذا يقتضى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخبر عنها بشئ غير ما أظهر من كراهية السؤال وعلى هذا ينبغى للعالم أن لا يسرع بالجواب عما استفتى فيه اذا لم يتبين له وجه الصواب فيه واذا خاف أن لا يتسبب به الى محظور حتى يكشف عن وجهه وسببه ووجهة السائل ومقصده ما أمكنه

(فصل) وقول عويمر والله لا أنتهى حتى أسأله عنها يريد استدامة ما كان عليه من السؤال عن مسئلته وطلب حكمه ولم يرده عن ذلك ما ظهر اليه من كراهية النبى صلى الله عليه وسلم لمسئلته حين لم يمكنه الصبر على ما زعم انه ظهر اليه ولم يعلم ماله فى ذلك من القول والفعل ولعله خاف حملا فاحتاج الى أن يعلم وجه نفيه عنه ولعله قد تأول فى الكراهية لمسئلته بعض ما ذكرناه مما لا يمنعه السؤال عنها ان كانت قد نزلت به أو لعله رجا أن يبين من حاله اذا سأله ما يصل به الى معرفة ما يريده من غير أن يوجب على نفسه حدا وترتفع به الكراهية فلما جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عن مسئلته بمثل ما كان كلف عاصما أن يسأل له عنها وقوله فى رجل وجد مع امرأته رجلا يحتمل أن يكون زاد على هذا انه رآها تزنى معه ويحتمل أن يكون اقتصر على هذا اللفظ فقط فان كان فسر ذلك فقد قال القاضى أبو محمد انه اذا ادعى الرؤية ووصف ذلك كما يصف الشهود على احدى الروايتين وادعى الرؤية ولم يفسر ها على الرواية الثانية فان له أن يلاعن وأما اذا لم يدع رؤية فهل يلاعن أم لا فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما يلاعن وبه قال أبو حنيفة والشافعى والثانية انه يحد ولا يلاعن وجه قولنا

انه يلاعن قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يفرق بين أن يدعى رؤية أولا ولانه قاذف لزوجته لم يتبين كذبه فكان له أن يلاعن كما لو ادعى رؤية ووجه الرواية الثانية انها حرة عفيفة مسلمة قذفها من لم يحقق قذفه فلزمه الحد كالأجنبي ولفظ الوجود مع امرأته ليس بصريح في القذف ولو قال رجل وجدت مع امرأتي رجلا في لحافها أو وجدتها قد تجردت لرجل أو وجدتها وهي مضطجعة مع رجل عريانين ففي المدونة عن ابن القاسم لم أسمع من مالك في ذلك شيأ الا أنه لالعان بين الزوجين الا أن يرميها بزنى أو ينفي حملها فأرى اذا لم يكن له بينة على ماذكر فعليه الأدب دون الحد ووجه ذلك اذا فهم منه انه لم يرد الا الاخبار عما تلفظ به وأما لو فهم منه انه أراد التعريض ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب يحد الزوج في التعريض ولا يلاعن وقد وجدت في غير هذا الموضع انه يلاعن وجه القول الأول انه لامعنى للتعريض بل هو دليل على كذبه لان من امتحن بمثل هذا لايقدر على الامساك والسكوت ولذلك جعل له المخرج باللعان فاذا عدل عن التصريح الى التعريض دل ذلك على كذبه

(فصل) وأما قوله وجد مع امرأته رجلا فانه يريد زوجته لان هذا اللفظ اذا أطلق فهم منه الزوج فاقتضى ذلك اضافة القذف الى الزوجية ولو أضافه الى غير الزوجية بأن يقول رأيتك تزنى قبل أن أتزوجك فلا خلاف نعلمه في المذهب انه يحد ولا يلاعن والدليل على مانقوله قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ثم خصه بقوله والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فخص الأزواج بحكم اللعان فاقتضى ذلك أن من أضاف القذف الى غير زوجه يحد ولا يلاعن ومن جهة المعنى انه قذفها بزنى ولو حملت منه لم يلحقه فلزمه الحد كما لو كانت أجنبية حين القذف ووجه آخر انه لو قذفها وأنكر حملها ثم استدام الزوجية والوطء لظهر بذلك كذبه وحد فاذا تزوجها بعد الوقت الذى زعم انها زنت فيه فبان يحد ولا يلاعن أولى وأحرى

(فصل) وقوله وجد مع امرأته رجلا فيه تحرز من التصريح باسم المقذوف لانه لو صرح به ولم تقم له البينة لكان قاذفا له يجب عليه الحد ولم يتخلص منه باللعان خلافا للشافعي انه يسقط ذلك تلاعن الزوجة والدليل على مانقوله انه شخص لايجب عليه الحد بالتعان الزوج فلم يسقط قذفه بلعانه مع كونه ممن يحد قاذفه كالمرأة الاجنبية (مسئلة) فان حد للرجل المسمى فانه يسقط عنه اللعان قال سحنون ووجه ذلك ان من حد بقذف رجل دخل فيه كل قذف ثبت عليه قبل ذلك الحد لمن قام به أو لمن لم يقم به (مسئلة) واذا لم يسمه فلم يجب عليه حد خلافا لاحد قولى الشافعي انه يجب عليه الحد وان لم يسمه والدليل على مانقوله ان حد القذف لايجب استيفاؤه الا بمطالبة مستحقه واذا كان مجهول العين والاسم لم تصلح المطالبة به فلم يجب الحد كما لو قال رأيت رجلا يزنى

(فصل) وقوله أرأيت رجلا وجد مع امرأته سؤال عام لكن جوابه صلى الله عليه وسلم خاص بقوله قد نزل فيك وفي صاحبتك قرآن فاذهب فائت بها وقال السائل أيقتله فيقتلونه أم كيف يفعل وقد سأل عن قصته بلفظ الغائب لئلا يلزمه حكم الاقرار وأقره النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك لما كان فيه من تسليم نفسه من حد القذف والذهاب الى التستر ان ذهب اليه ان كان وقع له سهو أو قلة استثبات وقوله أيقتله فيقتلونه واقرار النبي صلى الله عليه وسلم له على ذلك دليل على ان من وجد مع امرأته رجلا فقتله فانه يقتل به

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبتك قرآن فاذهب فائت بها يقتضي أن النبي صلى الله عليه وسلم قد عرف انه صاحب المسئلة ولعل ذلك كان بالوحي الذي أنزل في قصتهما فاعلم فيه ان السائل وان كان ورى فلم يضف الأمر الى نفسه فانه صاحب ذلك والمبتلى به فأعلمه النبي صلى الله عليه وسلم انه قد أنزل فيه وفي صاحبته بعد ما تقدم أوحى اليه أن المسئلة مما لا بد للناس منها ومما يجب أن يباح لهم السؤال عنها أو يكون ظهر ذلك اليه قبل الوحي والله أعلم

(فصل) وقول سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم يدل على انه ليس من سنة اللعان الاستتار به بل من سنته احضار الناس له ليشتهر أمره بلحوق النسب بالزوج أو انتقاله عنه ولا يكون الا عند الامام أو الحاكم لانه حكم يفتقر الى حاكم به (مسئلة) وهو جائز في كل وقت من أوقات النهار قاله مالك في كتاب محمد وذلك انه حكم فلم يختص بوقت دون وقت قال ابن وهب ويكون باثر صلاة قال مالك وباثر مكتوبة أحب الي وقد كان ذلك عندنا بعد العصر ولم يكن سنة يريد انها يمين تقتضي التغليظ فغلظت بالوقت على جهة الاستحباب لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث لا ينظر الله اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم رجل كان له فضل ماء بالطريق يمنعه من ابن السبيل ورجل بايع إماما لا يبايعه الا بدنيا فان اعطاه منها رضي وان لم يعطه منها سخط ورجل أقام سلعته بعد العصر فقال والله الذي لا اله الا هو لقد أعطيت بها كذا وكذا فصدقه وفي ذلك فائدة اجتماع الناس مع الانصراف من عبادة تذكر بالله تعالى وتنهى عن الباطل قال الله تعالى ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر وقال عبد الملك بن الماجشون لا يكون الا باثر صلاة وفي مقطع الحقوق فكأنه جعل ذلك شرطا كالمكان وأما التغليظ بالمكان فانها يمين فيما له بال يحتاج الى التغليظ فكان من شرطها أن تغلظ بالمكان كاليمين في الحقوق وعليه جماعة العلماء وقد روى ابن جريج عن ابن شهاب في هذا الحديث فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد وأما اليهودية والنصرانية فتلاعن بحيث تعظمه من البيع والكنائس قاله مالك (فرع) فان كان هناك عذر يمنع من دخول مقطع الحق فلا يخلو أن يكون انقضاؤه معتادا كالحيض أو لا يكون معتادا كالمرض فان كانت حائضا لاعن هو لما يريد من الاستعجال ويخاف أن ينزل به مانع من اللعان هذا الذي قاله أصحابنا ويحتمل أن يلزمه ذلك ليبرأ عن نفسه الحد وتؤخر هي الى أن تطهر فتلاعن فان كان مريضا وكانت مريضة أرسل الامام الى المريض منهما عدولا رواه في العتبية أصبغ عن ابن القاسم ووجه ذلك انه حكم من سنته التعجيل والمرض لا يدرى له غاية فسقط المكان بالتعجيل للضرورة والله أعلم

(فصل) وقوله فلما فرغا من تلاعنهما يريد أكمل كل واحد منهما من ذلك ما يجب في حقه قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها يريد أنه ان أمسكها بعد ما علم وتيقن من حالها الموجب للعانها فهو كاذب عليها ويحتمل أن يريد به ان ذلك مما يبين كذبه وهو كما قال ان من زعم أن زوجته قد زنت وثبت في حقه اللعان امار وية أو قذف أو انتفاء من حمل ثم ظهر منه من البقاء على ذلك والسكوت عنه طويل المدة أو وطئها أو الالتذاذ بها ما يدل على امساكه لها فانه يبطل حقه من اللعان ويتبين بما فعله كذبه ويجب عليه الحد وهو الذي قاله مالك وجماعة أصحابنا والوجه الثاني أن يقول اني أحكم على نفسي بحكم الكاذب ان أمسكتها كما يقول القائل أنا فاسق ان لم أفعل كذا وأنا ظالم ان تركت حقي وما جرى مجرى ذلك

(فصل) وقوله فطلقها ثلاثا يريد انه أتى بهذا اللفظ وهو قوله هي طالق ثلاثا ويحتمل أن يريد به ان ذلك مقتضى قوله كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها لان المفهوم من قوله هذا ان من دليل صدقه أن لا يمكنه المقام معها ولا الامساك لها على حكم الزوجية وهذا يقتضي الطلاق الثلاث لانه لو طلقها طلاقا رجعيا لكان في معنى الممسك لها ولا يستدل بذلك على صدقه لان من اطلع من زوجته على مثل هذا يبلغ به الغضب الى أنه لو استحل قتلها لقتلها فان امتنع من ذلك الشرع أبانها أو أبعدها بأكثر ما يمكنه حتى لا يراها ولا يقدر أن يسمع ذكرها ولا خبرها فكيف أن يمسك عصمتها ويحتمل أن يكون ذلك آخر طلقة بقيت له فيها بوصف طلاقه كله فيها ما أوقع قبل اللعان وما أوقع بعده فان كان صرح في طلاقها بالثلاث ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع أن ايقاع الثلاث ممنوع على ما قاله مالك وأصحابه فانه يحتمل أن يكون ترك الانكار عليه لما كان ذلك أمرا واجبا بالشرع ولعله قد جرى في المجلس ما علم به عويمر حكم ذلك أو أوقعه ابتداء لما بلغ به الغضب من فعلها والبغض لها والغيظ عليها فلم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم لما كان ذلك حكمه لو لم يبرأ به فان طلاق اللعان تحريمه مؤبد وهو أشد من الثلاث لان تحريم الثلاث يرتفع بوجه وتحريم اللعان لا يرتفع بوجه فكان بمنزلة من علم من حاله انه قد طلق زوجته طلقتين فطلقها بعد ذلك ثلاثا فانه لم يواقع محظورا لانه لا تأثير لقولنا ثلاثا الا ما يؤثر قوله أنت طالق لاسيما اذا نوى ان ذلك آخر ثلاث تطليقات طلقها ومع هذا فان قذفها بالزنى يقتضي مباعدتها فلو وطئها بعد ان قذفها حد ولم يلاعن لانه أكذب نفسه بذلك فكان فراقه تصديقا لقوله فيما قذفها به وما وجد منه قبل ذلك من الوطء فلا تأثير في ذلك قال ابن القاسم في العتبية انه اذا قذفها وقال رأيتها تزني لاعن ولم يسأل هل وطئها قبل ذلك ولا يضره ان أقر بذلك فان أقر انه وطئها بعد ذلك حد ولم يلاعن ولحق به الولد وهذا مبني على انه لا يراعي الاستبراء

(فصل) وقوله قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك يقتضي أن الفرقة تقع من غير حكم حاكم بذلك ولا يصح أن يقال ان هذه الفرقة انما وقعت بان طلق ثلاثا لان فرقة اللعان مؤبدة باجماع اذا لم يكذب نفسه وفرقة الثلاث لا تتأبد ولا تتعلق بالتمادي على حكم اللعان وقال أبو حنيفة لا تقع فرقة اللعان الا بحكم حاكم والدليل على ذلك الحديث المتقدم فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فكانت سنة المتلاعنين ومن جهة المعنى انها فرقة تجب باللعان فاستغنت عن حكم الحاكم ولو احتاجت الى ذلك لم تجب باللعان ودليل ثان وهو ان هذه فرقة تقتضي تحريما مؤبدا فلم تفتقر الى حكم حاكم كالفرقة الواقعة بتحريم الرضاع والمصاهرة (فرع) ولا تقع الفرقة بالتعان الزوج حتى تكمل المرأة الالتعان خلافا للشافعي في قوله تقع الفرقة بالتعان الزوج وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية ان الفرقة تقع بلعان الزوج ولكن لا تتم الا بلعانها وبذلك يدرأ عنها العذاب وهذا الخلاف في المذهب انما هو خلاف في عبارة لأن الفرقة لا تتبعض ولا خلاف عند أصحابنا انها لو لم تلاعن لم تثبت بينهما فرقة وكذلك لو أكذب نفسه قبل اتمام التعانها وقد نص عليه مالك ووجه ما نقوله ان التلاعن لم يكمل فلم تقع الفرقة كما لو بقي من لعان الزوج شيء (مسئلة) وليس على الامام أن يأمر المتلاعن باثر الفراغ من اللعان بالطلاق لأنه لا تأثير لذلك ولم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أمر بذلك فيقضي بما صح عنه رواه ابن مزين عن عيسى قال اني لأحب للزوج ان يطلق مثل ما صنع عويمر وان لم يفعل فيكفي في ذلك ما مضى من

سنة المتلاعنين انهما لا يتناكحان أبدا وهو الذي قاله عيسى لا تأثير له ولا يتعلق له حكم أكثر من اظهار الزوج ما يدل على صدقه من الاصرار على مفارقتها والابعاد لها واظهار معرفته بما يقتضيه اللعان من التحريم ويقتدي في ذلك بما فعله أحد الصحابة بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فأقره عليه وهو معنى اللعان ألا ترى ان سكوته عنها بعد علمه دليل على كذبه فيستحب له أن يأتي من ذلك بما يؤكد صدقه

(فصل) قول ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين يريد أن الفرقة بينهما سنة ثابتة بين المتلاعنين ويحتمل أن يريد بذلك استحباب اظهار الطلاق بعد اللعان على ما قاله عيسى بن دينار ويحتمل ان يريد بذلك وقوع الفرقة بينهما بانقضاء اللعان وتأبيد التحريم والله أعلم وأحكم ص ✲ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة ✲ ش قوله ان رجلا لاعن امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها يحتمل معنيين أحدهما ان انتفاءه من ولدها كان سبب اللعان والمعنى الثاني انه لاعنها بدعوى ادعاها من رؤية أو غيرها فلاعن لذلك وانتفى من ولدها فأما نفي الولد فان المذهب انه يجب به اللعان وان عرا عن القذف وقال الشافعي لا يلاعن حتى يقترن به القذف والدليل على ما نقوله ان ضرورته الى نفي الولد أشد من ضرورته الى قذفها لأن به حاجة الى ان يزيل عن نفسه نسبا ليس منه وذلك يصح بنفي الولد أكثر مما يصح بالقذف فاذا جاز له أن يلاعن بالقذف لحاجته اليه فلان يلاعن لنفي الحمل وحاجته آكد أولى وأحرى

(مسئلة) ونفي الولد يكون على وجهين أحدهما ان يظهر بها حمل فينفيه والثاني ان تلد ولدا فينفيه فاما ظهور الحمل فان الزوج اذا رآه فانه لا يخلو ان يقر به أو ينفيه أو يسكت فان أقر به لم يكن له أن ينفيه بعد ذلك فان نفاه حد وأما ان نفاه بعد ذلك فلا يخلو ان يدعي استبراء أو لا يدعيه فان ادعى استبراء فلا خلاف أن له الملاعنة وان لم يدع استبراء فهل يلاعن أو يحد قال مالك في كتاب الحمل ليس له نفي الحمل الا ان يدعي الاستبراء وهو في العتبية من رواية أشهب عنه وبه قال المخزومي وابن أبي ذئب قال في المدونة جل رواة مالك على مراعاة الاستبراء وقد قال به ابن القاسم قال ابن القاسم وابن نافع يلاعن وان لم يدع استبراء ورواه في الموازية ابن القاسم عن مالك وجه رواية أشهب انه اذا لم يدع الاستبراء لم يصح منه نفي الحمل لجواز ان يكون الولد ولده ووجه الرواية الثانية ان الملاعنة تصح منه بغير الاستبراء ويدرأ عن نفسه الحد بذلك ويحصل من نفي الولد مع ذلك ما هو أعلم به

(فرع) فاذا قلنا انه يراعى الاستبراء فكم يجزىء منه المشهور من مذهب مالك يجزىء منه حيضة واحدة وروى عبد الملك عن مالك ثلاثة اقراء وجه رواية ابن القاسم ان الاستبراء ههنا انما يقصد به تحقق نفي الحمل ووجود وجه يقتضيه وذلك يحصل بالحيضة الواحدة كاستبراء الامة لأن هذا الاستبراء ليس بعدة فيعتبر فيه عدد الاقراء ووجه الرواية الثانية انه استبراء حرة فاعتبر فيه بعدد الاقراء كالعدة (فرع) واذا قلنا بنفي الاستبراء فقال قد كنت أطأ ولا أدري هل هو مني فلاعن لما ادعاه من الزنا فاختلف في هذا قول مالك وأصحابه فروى ابن القاسم عن مالك في الموازية انه منفي باللعان وان كانت بينة الحمل وهذا اغراق والذي أخذ به ابن القاسم انها ان كانت بينة الحمل أو أتت به لأقل من ستة أشهر فهو به لاحق وان كان لاعن على غير هذا فهو منفي باللعان وقال عبد الملك وابن عبد الحكم وأشهب ان لاعن برؤية ثم ظهر حمل فهو به لاحق ولا ينفيه الا بلعان مدعى فيه استبراء

✲ وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة

(مسئلة) المشهور من المذهب ان الحامل تلاعن اذا نفى الزوج حملها وقال عبد الملك من أصحابنا لا لعان بينهما ولا قذف حتى تضع اذ لعله لا حمل بها وبه قال أبو حنيفة وجه القول الاول قول الله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الآية ولم يفرق بين حال الحمل وبعد الوضع ومن جهة المعنى ان كل نسب جاز اسقاطه باللعان بعد انفصال الولد جاز اسقاطه قبله كالفراش ووجه الرواية الثانية ما احتج به عبد الملك من انه لا يتيقن حملها فينفيه ولا يتيقن زناها بالتعانه ان نكلت لجواز أن لا يكون ثم حمل (فرع) فان قلنا برواية ابن القاسم فتلاعنا ثم انفش الحمل لم يحد الزوج ولم تحل له أبدا قاله ابن المواز وجه ذلك ان حكم اللعان قد ثبت بينهما فلا يزول التحريم بما يتبين به الكذب كما لو أقر الزوج بالحمل (فرع) ومن أنكر ولده بالعزل لحق الولد به وكذلك كل من وطئ فى موضع يمكن وصول الماء منه الى الفرج وكذلك الدبر فان الماء يخرج منه الى الفرج حكاه ابن المواز فأما العزل فوجهه صحيح لانه قد يسبقه من الماء ما لا يشعر به قبل العزل فيكون منه الولد وأما لو وطئ فى غير الفرج فانه يبعد عندى أن يخلق منه ولد ولو صح هذا لما جاز أن تحد امرأة ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد لجواز أن يكون ذلك من وطء فى غير فرج فلا يجب به رجم ولا حد وان وجبت به عقوبة أو يكون ما أنزله رجل من غير وطئها فوصل الى فرجها ولما أجمعوا على اقامة الحد عليها اقتضى ذلك ان الماء الذى يخلق منه الولد انما هو ما يخرج بعد التقاء الختانين وانه قد يلتقى الختانان قبل الافتضاض والله أعلم (مسئلة) وأما اذا قذفها بزنا وقال قد وطئتها قبل ذلك ولم استبرئها حتى رأيتها تزنى فهذا على رواية ابن القاسم اذا لاعن للرؤية ينتفى الولد الا أن تكون ظاهرة الحمل يوم ادعى الرؤية أو أتت به لأقل من ستة أشهر فيلحق به ويقتضى مذهب ابن الماجشون انه يلاعن للرؤية ودفع الحد عنه ولا ينتفى بذلك الولد (مسئلة) وانما له انكار الحمل ونفيه حين علم به أو علم بالولادة وأما ان علم بذلك ثم أقام يوما أو يومين لا ينكر فلا انكار له قاله القاضى أبو محمد الا أن يكون له عذر فى ترك الانكار وقال أبو حنيفة له انكاره بعد الوضع بيوم أو يومين وان لم ينفه حتى مضت سنة أو سنتان ثم نفاه لاعن ولحق به الولد وبه قال الشافعى فى أحد قوليه والدليل على ما نقوله انه قد أكذب نفسه بالامساك عن الانكار وكذلك يجب أن يكون اذا ادعى رؤية قديمة ثم قام الآن بها أن لا يقبل قوله ويحد لان سكوته عن انكار ذلك والقيام به حين رآه دليل على كذبه ويحد رواه ابن حبيب وابن المواز عن ابن الماجشون (مسئلة) وأما نفى ولده فهو أن يقدم من سفره فيجد امرأته قد ولدت أو ادعت ولدا فينفيه وذلك على ضربين أحدهما أن يقول لم تلديه وليس بولدك والثانى أن يقول ولدتيه ولكن ليس منى فاما الأول فاذا قال لم تلديه جملة وقالت هى ولدته منك قال ابن القاسم فى الموازية هو منه الا أن ينفيه بلعان وقال أشهب المرأة مصدقة ولا لعان فيه الا أن يقصد نفى الولد منه فيلاعن قال ابن القاسم فان نكل بعد ان نفاه على هذا الوجه ولم يلاعن لم يحد (مسئلة) وأما ان قال ولدتيه وليس منى فقد قال عيسى عن ابن القاسم فيمن غاب عن زوجته عشرة أعوام أو أكثر ثم قدم فوجدها قد ولدت أولادا فانكرهم وقالت هى هم منه كان يأتينى فى السر لم ينفهم الا بلعان ووجه ذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الولد للفراش فاذا كان الفراش له مع غيبته فما ولد فيه لاحق به ولازم له ولا ينتفى من ولد فيه الا بلعان

(فصل) وقوله ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما لم يرد به انه أوقع الفرقة بينهما وانما أراد به والله أعلم انه أعلمهما بحكمهما وان حكم المتلاعنين انقطاع العصمة بينهما وتأبيد التحريم ووجه ذلك

ما روى فى حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم قال أحدهما كاذب لاسبيل لك عليها وهذا اخبار بمقتضى الشرع ولانه ليس ههنا محكوم له فيحكم بذلك عليه مالان حقوق الشرع فى التحليل والتحريم ثابتة بالشرع ولا تفتقر الى حكم حاكم كتحريم المصاهرة والرضاع

(فصل) وقوله وألحق الولد بالمرأة يريد انه صرف نسبه الى أمه لانه قبل ذلك كان ينتسب الى أبيه فلما منعه من ان ينتسب الى أب ونسبه الى أمه كان ذلك وجها من الحاقه بها لانه أقامها له فى الانتساب مقام الأب بعد أن لم تكن كذلك والله أعلم ص ﴿قال مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين﴾ ش قول مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن الى آخره هذا يقتضى اختصاص هذا بالزوجات دون غيرهن اذا لم يكن للازواج شهداء بما يدعون على الزوجات من الزنا وهذا يخرج الزوج عن أن يكون له حكم الشاهد ولو شهد بذلك عليها أربعة أحدهم زوجها لم تتم الشهادة فكان على الزوج أن يلاعن فان تم اللعان بينهما حد الثلاثة الأجنبيون فان أبى الزوج أن يلاعن حد الزوج معهم وقال أبو حنيفة تقبل شهادة الزوج ان لم يتقدم له فيها قذف وترجم المرأة والدليل على مانقوله قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم الآية وجه الدليل من الآية انه استثنى الأزواج من الشهداء فاقتضى أن لا يكونوا شهودا ودليلنا من جهة القياس ان هذه بينة فى الزنا لم تتم الا بالزوج فلم يحكم بها كما لو تقدم القذف (مسئلة) ولو أقام بينة بزناها فأقيم عليها الحد كان له أن يلاعن قاله مالك والشافعى لانه اذا أثبت زوجها الزنا لم ينتف نسب الولد وان لاعن الزوج ونكلت المرأة أقيم عليها الحد ان كانت بكرا بجلد مائة وان كانت ثيبا بالرجم

(فصل) وقوله فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الذى ذهب اليه أصحابنا ان ألفاظ اللعان ايمان وقال أبو حنيفة اللعان شهادة والدليل على مانقوله قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فوجه الدليل من الآية انه قرن بلفظ الشهادة قوله بالله انه لمن الصادقين وهذا معنى اليمين فان اليمين قد يقال فيها أشهد بالله لقد كان كذا وكذا والثانى انه أقسم على فعله والشاهد لايشهد على فعله ووجه ثالث انه لا خلاف أن يدفع به عن نفسه الحد عندنا والحبس عند أبى حنيفة وهو عنده عذاب وهذا حكم اليمين فاما الشهادة فلا يصح أن تقبل شهادة الانسان ليدفع بها عن نفسه ضررا ومما يدل على ذلك ما روى عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال بن أمية وزوجته ثم ولدت على شبه الذى قذفت به فقال النبى صلى الله عليه وسلم لولا الايمان لكان له ولها شأن ودليل آخر وهو ما روى نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وفائدة الخلاف فى هذه المسئلة أن اللعان يصح من الفاسق والأعمى والشهادة لا تصح من الفاسق ولا تصح عند أبى حنيفة من الاعمى (مسئلة) ويبدأ الرجل باللعان لقول الله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الآية فبدأ بلعان الزوج ومن جهة السنة ما روى محمد بن سيرين عن أنس بن مالك انه قال أول لعان كان فى الاسلام ان هلال بن أمية قذف شريك بن سحماء بامرأته فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال له النبى صلى الله عليه وسلم البينة والا حد فى ظهرك فردده عليه مرارا فقال هلال بن أمية والله

* قال مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين

يارسول الله ان الله يعلم انى لصادق ولينزلن الله عليك مايبرئ ظهرى من الجلد فبيناهم على ذلك اذ نزلت آية اللعان والذين يرمون أزواجهم الآية فدعا هلالا فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم دعيت المرأة فشهدت على نفسها أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين الحديث ومن جهة المعنى ان الزوج بدأ بالقذف فلزم أن يبدأ باللعان (فرع) فان بدأت المرأة باللعان فهل تعيده بعد التعان الزوج الذى ذكره القاضى أبو محمد عن المذهب أنها لاتعتد بما تقدم من لعانها قبل الزوج وتعيد اللعان وهذا الذى ذكره هو قول أشهب والذى حكاه ابن المواز عن ابن القاسم انها لاتعيد اللعان و به قال أبو حنيفة وجه القول الأول ما احتج به القاضى أبو محمد من قول الله تعالى و يدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله وهذا يجب أن يكون بعد ان حق عليها العذاب وذلك لا يكون الا بالتعان الزوج واحتج لذلك أشهب ان هذا بمنزلة الحقوق فلو بدأ الطالب باليمين لم يجزه ذلك الا بعد نكول المطلوب ووجه رواية ابن القاسم أن هذا لعان من أحد الزوجين فيصح أن يقع أولا كلعان الزوج (مسئلة) واذا قذف امرأته ثم أنكر القذف فلما أقامت بذلك عليه بينة ادّعى رؤية الزنا فان له اللعان بخلاف الحقوق وله أن يقول أردت التستر رواه أصبغ عن ابن القاسم فى الموازية (مسئلة) واذا قذف الزوج امرأته فعليه الحد وانما له أن يسقطه باللعان وقال أبو حنيفة لاحد عليه ولكن يحبس حتى يلتعن والدليل على مانقوله قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ومن جهة السنة حديث أنس المتقدم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية البينة والاحد فى ظهرك ومن جهة المعنى انه قاذف حرة عفيفة فثبت فى حقه الحد كالأجنبية ولو التعن بعض اللعان فبقى منه أقله فقالت المرأة قد عفوت عنك ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم ان ترك الالتعان فلاحد عليه و يلحق به الولد وكذلك لو لم تعف المرأة ولكن أقرت ثم رجعت فاعتذرت بما تعذر به لم يحد واحد منهما وألحق به الولد (مسئلة) فاذا التعن الرجل وسقط عنه الحد فانه يتعلق بلعانه أحكام منها سقوط الحد عنه وتوجهه على المرأة وانتفاء الولد ان كان اللعان يتضمن ذلك وقال أبو حنيفة لاشئ من ذلك وانما تحبس ان امتنعت من اللعان والدليل على مانقوله قوله تعالى و يدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين وهذا يقتضى انه قد توجه اليها بلعان الزوج عذاب وهو الحد فان لها أن تدرأه عن نفسها باللعان ودليلنا من جهة المعنى انه معنى يخرج به القاذف من قذفه فتوجه الى المقذوف به الحد أصل ذلك السنة (فرع) وان تمادت على الامتناع من اللعان أنفذ عليها الرجم أو الجلد على ماتقدم فان رجعت ففى كتاب محمد تعود الى اللعان فان نكل الزوج لحق به ولا يحد لانها مقرة بذلك بنكولها وان رجعت بعد ذلك الى اللعان فان حكم النكول باق فى اسقاط الحد عن الزوج ورأيت مثل هذا الا بى على بن خلدون وأبى بكر بن عبد الرحمن القرويين وقاسا على طريقتهم له أن يرجع * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى ان فى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم هذا المعنى بعينه ورأيت للشيخ أبى عمران ولأبى القاسم بن الكاتب يمضى عليها وليس لها الرجوع الى اللعان قال أبو القاسم لانها اذا نكلت عن اللعان بعد لعان الزوج فقد صدقته وتحقيق ذلك حق للزوج فليس لها الرجوع عنه كما ليس لها الرجوع عن اقرار بحق لخصم يطلبه (مسئلة) وصفة اللعان قال مالك يقول أشهد بالله وهو اختيار ابن القاسم وقال أيضا مالك أشهد بعلم الله قال ابن القاسم و يقول فى الرواية أشهد بالله انى لمن الصادقين لرأيتها تزنى يقوله فى كل مرة قال

أصبغ ويقول كالمرود فى المكحلة ثم يقول لعنة الله عليه فى الخامسة ان كان من الكاذبين ثم تقول هى أشهد بالله انه لمن الكاذبين مارآنى أزنى ثم تخمس بالغضب قال ابن القاسم ويقول فى نفى الحمل أشهد بالله انى لمن الصادقين ماهذا الحمل منى قال أصبغ وأحب الى أن يزيد فى كل مرة ولزنت وقال ابن القاسم وتقول هى أشهد بالله انه لمن الكاذبين ومازنيت قال أصبغ وأحب الى أن تزيد فى كل مرة وانه لمنه ثم تخمس بالغضب قال أصبغ فان قال هو فى الخامسة مكان ان كنت من الكاذبين ان كنت كذبتها أجزأه ولو قالت المرأة فى الخامسة مكان ان كان من الصادقين انه لمن الكاذبين أجزأها وأحب الى لفظ القرآن وفى كتاب محمد عن ابن وهب يقول هو فى الأربعة أشهد بالله انى لمن الصادقين وفى الخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين وتقول هى أشهد بالله انه لمن الكاذبين وفى الخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين فكان أصبغ أشار الى ان لفظ اللعان غير متعين وان لهما أن يأتيا باى لفظ شاآ ورأى الامام اذا كان موافقا للمعنى الاان لفظ القرآن أفضل والله أعلم وظاهر قول ابن وهب ان لفظه متعين بلفظ القرآن والله أعلم ص

❊ قال مالك السنة عندنا ان المتلاعنين لا يتناكحان أبدا وان أكذب نفسه جلد الحد وألحق به الولد ولم ترجع اليه أبدا قال وعلى هذا السنة عندنا التى لا شك فيها ولا اختلاف ❊ ش قال مالك رحمه الله السنة عندنا يريد مارسم عندهم وأثبت من حكم المتلاعنين أن لا يتناكحا أبدا الاان تحريم اللعان مؤبد وقد قال القاضى أبو الحسن فرقة المتلاعنين فسخ وفائدة ذلك ان التحريم مؤبد ولو كان طلاقا لم يتأبد وانما يتأبد بتحريم الفسخ كالرضاع ❊ قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى ليس بالبين وذلك ان الفسخ لا يتأبد لنفسه فقد يفسخ النكاح الفاسد ثم يتناكحان بعد وانما يتأبد التحريم أو لا يتأبد بلموجبه الذى أوجب تأبيد التحريم فى الرضاع للرضاع نفسه دون الفسخ لانه لو وجد الرضاع قبل الفسخ لتأبد التحريم وهذا حكم اللعان الذى هو موجب للتحريم المؤبد والأصل فى ذلك ماروى سعيد بن جبير سألت ابن عمر عن حديث المتلاعنين فقال قال النبى صلى الله عليه وسلم أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها وهذا يقتضى التأبيد فيحمل عليه وانما حكمنا بكونه فسخا لانهما مغلوبان على الفرقة من غير ايقاع موقع والطلاق لا يكون الا بايقاع مطلق ووجه ثان انهما مغلوبان على الفرقة من غير فساد عقد النكاح فوجب أن يكون فسخا لان الطلاق لا يغلبان على ايقاعه الا لفساد فى العقد على أحد القولين وعلى القول الآخر فلا يغلبان عليه وماغلب عليه فهو فسخ بكل وجه

قال مالك السنة عندنا أن المتلاعنين لا يتناكحان أبدا وان اكذب نفسه جلد الحد وألحق به الولد ولم ترجع اليه أبدا وعلى هذا السنة عندنا التى لا شك فيها ولا اختلاف

(فصل) وقوله وان أكذب نفسه جلد الحد ومعنى ذلك انه أكذب نفسه وأبطل ما كان له من اللعان وصار قذفه لها ظالما فوجب عليه الحد فان قذفها ثانيا بعد أن حد لها فقد قال ابن القاسم فى الموازية يحد الا أن يلاعن وقال عبد الملك يحد ولا يلاعن فقول ابن القاسم مبنى على أن له الرجوع الى اللعان بعد تقرر الحد عليه وقول عبد الملك مبنى على أنه ليس له ذلك

(فصل) وقوله يلحق به الولد معنى ذلك ان الولد لاحق به اذا أكذب نفسه سواء كان ذلك قبل اللعان أو بعده فان كان قبل أن يلاعن الزوج حد ولم يكن له أن يلاعن وان كان بعد أن لاعن هو وقبل أن تلاعن هى جلد الحد وسقط عنها اللعان ويلحق به الولد على كل حال وروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية يرجع عليه بنفقة الحمل وأجر الرضاع ونفقتها بعد ذلك ان كان فى تلك المدة مليا

(فصل) وقوله ولم يرجع عليه أبدا يريد ان اكذابه نفسه بعد اللعان لا يرفع التحريم الواقع بينهما

باللعان ولا يخلو أن يكذب نفسه قبل اتمام اللعان أو بعده فان أكذب نفسه قبل اتمام اللعان وقد بقى شئ من لعانها قال مالك يحدّ وهما على نكاحهما وجه ذلك ان اللعان لم يتم بعد فهما على حكم الزوجية بينهما بتمام اللعان وانما تنفصم الزوجية بينهما بتمام اللعان فمتى كمل اللعان بينهما فقد بانت منه وتأبد تحريمها فلا تحل له أبدا وان أكذب نفسه وقال أبو حنيفة يرتفع التحريم ويجوز له أن يتزوجها والدليل على ما نقوله حديث ابن عمر المتقدم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للزوج من المتلاعنين لا سبيل لك عليها ودليلنا من جهة القياس انه تحريم لا يرتفع بزوج واصابة فكان مؤبدا كتحريم الرضاع ص ﴿ قال مالك واذا فارق الرجل امرأته طلاقا بائنا ليس له عليها فيه رجعة ثم أنكر حملها لاعنها اذا كانت حاملا وكان حملها يشبه أن يكون منه اذا ادعته مالم يأت دون ذلك من الزمان الذى يشك فيه فلا يعرف أنه منه قال فهذا الأمر عندنا والذى سمعت من أهل العلم * وقال مالك اذا قذف الرجل امرأته بعد أن يطلقها ثلاثا وهى حامل يقر بحملها ثم يزعم انه رآها تزنى قبل أن يفارقها جلد الحد ولم يلاعنها فان أنكر حملها بعد أن يطلقها ثلاثا لاعنها قال وهو الذى سمعت ﴾ ش وهذا على ما قال ان المطلق لزوجته طلاقا بائنا لا يخلو أن يكون بها حمل ظاهر أو لا يكون بها حمل فان كان بها حمل ظاهر فأنكره فان له أن ينفيه باللعان خلافا لأبى حنيفة لانه لا يحتاج أن ينفى عن نفسه نسبا ليس منه كما لو لم يطلق ولا يخلو أن يكون نفى الحمل وادّعى رؤية بزنا أو لم يدع ذلك فان ادّعى رؤية الزنا لم يخل أن يدعى الاستبراء أو لا يدّعيه فان ادّعى الاستبراء والرؤية ونفى الحمل فالظاهر من المذهب انه يلاعن وان لم يدع استبراء وادّعى رؤية ونفى الحمل ففى الموازية فى الذى يطلق طلاقا بائنا وقال رأيتها تزنى يريد نفى ما تأتى به من حمل فانه لا يلاعن ان لم يدع استبراء وان لم يدع رؤية وادّعى استبراء فانه يلاعن وروى أبو الفرج عن مالك انه ان نفى حملها فى العدة لاعن ولم يحدّ على الطلاق وقد شرط فى موضع آخر ادّعاء الاستبراء (مسئلة) فان لم ينف الحمل وقذفها فى العدّة من الطلاق البائن فقد روى أبو الفرج أنه يحدّ ولا يلاعن ووجه ذلك انه لا فائدة فى هذا الوقت فى قذفها لانها أجنبية منه لا ينفى حملها فاذا لم ينفه به فلا حاجة به الى هذا القذف فلزمه الحد (مسئلة) وان لم يكن بها حمل وقال فى عدتها من الطلاق البائن رأيتها تزنى فقد قال ابن القاسم ورواه ابن وهب يلاعن وحكاه القاضى أبو محمد خلافا للشافعى فى قوله لا يلاعن الا أن تكون حاملا واحتج على ذلك بأنه قذفها بوطء يحتاج الى نفى نسبه عنه لانه ان لم ينفه لحق به كالذى لم يطلق وقال ابن المواز يحدّ ولا يلاعن وقال المغيرة لا يحدّ ولا يلاعن واختاره سحنون (مسئلة) وهذا اذا ادّعى انه رآها تزنى فى العدة فان قال رأيتها تزنى قبل الطلاق البائن ففى كتاب أبى الفرج يحدّ الا أن يظهر بها حمل قبل أن يحدّ فينفيه ويدعى الاستبراء فيلاعن قال ابن المواز أحب الىّ أن ينظر فان تبين أن لا حمل بها حدّ لها وان ظهر بها حمل لاعن لانه ممن لا لعان له فى الرؤية ووجه ذلك ان الطلاق ليس فيه اقرار بالسلامة من الزنا غير أن هذا مبنى على ما قاله ابن المواز ان المطلق بائنا لا يلاعن الا لنفى الحمل ولا يلاعن للرؤية لانها ليست بزوجة وقد تقدم من قول أصحابنا ابن القاسم وغيره انه يلاعن ولا يحدّ والخلاف بين أبى الفرج وابن المواز فى تأخر الحد بعد القذف فأبو الفرج يذهب الى أنه لا يؤخر لانه من ثبت عليه القذف وادّعى المخرج لا يمهل ويعجل الحد وابن المواز يذهب الى تأخير الحد للزنا على الزوج بخلاف الأجنبى لحاجة الزوج الى ذلك دون الأجنبى وبالله التوفيق

(فصل) وقوله وكان حملها يشبه أن يكون منه يريد أن تأتى به لأمد الحمل وذلك ان المطلقة لا بد أن

قال مالك واذا فارق الرجل امرأته طلاقا بائنا ليس له عليها فيه رجعة ثم أنكر حملها لاعنها اذا كانت حاملا وكان حملها يشبه أن يكون منه اذا ادعته مالم يأت دون ذلك من الزمان الذى يشك فيه فلا يعرف انه منه قال فهذا الأمر عندنا والذى سمعت من أهل العلم * قال مالك اذا قذف الرجل امرأته بعد أن يطلقها ثلاثا وهى حامل ويقر بحملها ثم يزعم انه رآها تزنى قبل أن يفارقها جلد الحد ولم يلاعنها وان أنكر حملها بعد أن يطلقها ثلاثا لاعنها قال وهذا الذى سمعت

تأتى بالولد قبل أن تحيض أو بعد الحيض فان أتت به قبل الحيض لأكثر أمد الحمل فهو لاحق بالزوج الا أن ينفيه بلعان وأكثر أمد الحمل اختلف فيه قول المالكيين فقال العراقيون منهم أربعة أعوام و به قال أصبغ والشافعي وقاله ابن القاسم وسحنون وقال ابن وهب وأشهب سبع سنين وقال أبو حنيفة أكثر الحمل سنتان (مسئلة) وان حاضت ثم أتت بولد لمثل هذه المدة فقد قال ابن القاسم يلحق به وان حاضت ثلاث حيض وقد تحيض المرأة على الحمل قال ابن القاسم ولو علم أنها حائض حيضا مستقيما وتيقن ذلك وعرفه النساء لرأيتها زانية ويسقط نسب الولد عن الميت والحى ولكن لا يحاط بمعرفته قال أصبغ ليس هذا بقول ولو عرف ذلك لم يوجب زنى ولا حدا وهو شبهة والولد لاحق الا أن يلاعن المطلق

(فصل) وقوله يشبه أن يكون منه ما ادعته يريد أن ينسب ذلك اليه و يقول انه منه لانها اذا لم تقل انه منه ولم ينسبه اليه لم يحتج هو الى لعان الا لنفى النسب لانها قد صدقته فى القذف

(فصل) وقوله ما لم يأت دون ذلك من الزمان الذى يشك فيه فلا يعرف انه منه يريد والله أعلم انه يأتى من طول الزمان ما يزيد على أكثر أمد الحمل على ما تقدم من الخلاف فى ذلك فشك حينئذ أنه منه شكا يمنع الحاقه به أولى من نفيه عنه وأما فى مدة الحمل فهذا الشك معدوم بل الظاهر منعه لثبوت حق الفراش له ص ﴿ قال مالك والعبد بمنزلة الحر فى قذفه ولعانه يجرى مجرى الحر فى ملاعنته غير انه ليس على من قذف مملوكه حد قال مالك والامة المسلمة والحرة النصرانية واليهودية تلاعن الحر المسلم اذا تزوج احداهن فأصابها وذلك ان الله تعالى يقول فى كتابه والذين يرمون أزواجهم فهن من الأزواج قال وعلى ذلك الأمر عندنا ﴾ ش قوله والعبد بمنزلة الحر فى قذفه ولعانه لها حكمه فى ذلك حكم الحر وروى فى العتبية أشهب عن مالك ان لعان العبد كالحر فى الحرة والأمة تشهد أربع مرات وتخمس بالغضب وان أكذب نفسه جد للحرة أربعين ولا يحد للامة

(فصل) وقوله غير انه ليس على من قذف مملوكه حد يريد سواء كان القاذف عبدا أو حرا فهذا اللفظ وان كان بلفظ الاستثناء فمعناه العطف على ما مضى والتفسير له لانه لا يخرج من اللفظ الأول ما لولاه لدخل فيه وانما بين أن حكم العبد حكم الحر فى قذف الأمة (مسئلة) وهذا حكم كل من لا يحد قاذفها من الكتابيات فان الزوج لا يجب عليه الحد بقذفها فان قذفها برؤية كان له أن يمسك عن اللعان فاذا أراد أن يلاعن لئلا يكون مما ادعاه من الوطء ولد يلحق به نسبه أو ليلحق قوله فله ذلك وكذلك ان نفى حملها فانما يلاعن لينفى عن نفسه ذلك الحمل وان لم يلاعن فلا حد عليه فان لاعن لزم الأمة أن تلاعن لتدفع عن نفسها الحد لانه قد حق عليها القذف بلعانه و يجب عليها الحد وأما الكتابية فلا يلزمها ذلك بالتعان الزوج ولها أن تلتعن لتدرأ عن نفسها عار ما قد قذفت به وتقطع عصمة الزوج عنها قال مطرف عن مالك اذا لاعن الزوج ردت الى أهل دينها ان نكلت عن اللعان فان لم تلتعن فقد روى ابن سحنون عن أبيه هما على الزوجية فان التعنت وقعت الفرقة

(فصل) والأمة المسلمة والحرة واليهودية تلاعن الحر المسلم خص الأمة بالاسلام لانه لا يجوز أن يتزوج المسلم أمة كتابية وأما الحرة الكتابية فيجوز له ذلك ولذلك عدل عن ذكر الأمة الكتابية الى ذكر الحرة فلكل واحدة من هؤلاء أن تلاعن الحر المسلم اذا تزوج احداهن وقوله فأصابها ليست الاصابة شرطا فى صحة اللعان ولا وجوبه وقد قال مالك من تزوج امرأة فلم يبن بها ولم يخل بها حتى أتت بولد فأنكره انه يلاعن اذا قالت انه يغشاها وأمكن ما قالت قال سحنون معناه أن يمكن

* قال مالك والعبد بمنزلة الحر فى قذفه ولعانه يجرى مجرى الحر فى ملاعنته غير أنه ليس على من قذف مملوكه حد * قال مالك والأمة المسلمة والحرة النصرانية واليهودية تلاعن الحر المسلم اذا تزوج احداهن فأصابها وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه والذين يرمون أزواجهم فهن من الازواج قال وعلى هذا الأمر عندنا

اتيانه اليها وأتت به لستة أشهر فأ كثر من يوم عقد النكاح ومن يوم امكانه اتيانها ووجه ذلك ان الفراش قد ثبت له بعقد النكاح فلا ينفي الولد الا باللعان

(فصل) وقوله وذلك ان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه والذين يرمون أزواجهم فهن الأزواج تعلق بالعموم لان الزوجة الأمة أو الكتابية داخلة تحت قوله تعالى يرمون أزواجهم فلما لم يفرق بين الحرة والأمة والمسلمة وغيرها حمل ذلك على كل زوجة الا ما خصه الدليل ولو أن الصغير يقذف زوجته الكبيرة برؤية زنى لم يكن عليه لعان لانه لو قذف أجنبية لم يحد لانها لو أتت بولد لم يلحق به فلا حاجة الى الملاعنة ص ﴿ قال مالك والعبد اذا تزوج الحرة المسلمة أو الأمة المسلمة أو الحرة النصرانية أو اليهودية لاعنها ﴾ ش قوله ان العبد اذا تزوج الأمة المسلمة أو الحرة النصرانية أو اليهودية لاعنها يريد أن له أن يلاعن في جميعهن لينفي عن نفسه حملا ظهر بها أو ان قذف برؤية فليدفع عن نفسه النسب الذي تتوقعه مما ادعاه من الرؤية وأما في الحرة المسلمة فيحتاج الى ذلك أيضا ليدفع عن نفسه الحد الواجب عليه بقذفها ان لم يلاعن وأما في الأمة أو الكتابية الحرة فلا يلاعن الا لما ذكره من دفع النسب دون دفع الحد لانه لا حد عليه بقذفهن ص ﴿ قال مالك في الرجل يلاعن امرأته فينزع ويكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم يلتعن في الخامسة انه اذا نزع قبل أن يلتعن جلد الحد ولم يفرق بينهما ﴾ ش قوله رحمه الله ان لاعن امرأته ثم نزع وأ كذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم يلتعن في الخامسة جلد الحد ولم يفرق بينهما أورد من المسئلة بعضها والمتفق عليه منها وهو انه اذا أ كذب نفسه قبل الخامسة الواقعة منه فانهما على نكاحهما وان كان هذا عنده حكما كذابه نفسه قبل أن تأتي هي بالخامسة وهذا المشهور من قول مالك وأصحابه وفي العتبية قال سحنون واذا لاعن الزوج من نفي حمل ونكلت هي وأخر رجمها حتى تضع ثم أ كذب الزوج نفسه قبل أن تضع وبعد أن نكلت فان لعانه قاطع لعصمته ولا ميراث بينهما وترجم اذا وضعت وأنكر أبو بكر بن محمد هذه المسئلة وأما من رد النعل لها فقال بعد يمين أو يمينين يريد من أيمانها وقبل أن تأتي هي بالخامسة فهو على ظاهر المذهب لان مذهب مالك انه اذا أ كذب نفسه قبل تمام لعانها ان الزوجية باقية بينهما وانما تقع الفرقة وتتأبد بتمام لعانها وأما الحد فلا يختلف حكمه متى وقع تكذيبه نفسه وكذلك استحقاق الولد (مسئلة) وأما تكذيبه نفسه فانه على وجهين أحدهما أن يقول انه كاذب في قذفها على أي وجه وقع والثاني أن يستلحق الولد فهذا يكون قريبا ان كان قذفه بنفي الولد وأما ان كان قذفه ابتداء بادعاء رؤية الزنى ولاعن على ذلك ثم أقر بالولد فقال محمد بن المواز لا يحد وكذلك لو لاعن على الرؤية وانكار الولد جاز وان كان على نفي الولد خاصة فانه يحد ويلحق الولد به وجه من قاله فيمن لاعن على الرؤية ثم أقر بالولد انه ليس في اقراره بالولد تكذيب لما لاعن عليه ووجه قوله فيمن لاعن على الامرين لا يحد انه اذا أ كذب نفسه في نفي الولد بقي لعانه محلا للتصديق وهو رؤية الزنا فلا حد عليه حتى يكذب جميع ما لاعن عليه والله أعلم ولو لم يتقدم لعانه فادعى الرؤية ونفي الولد ثم أقر بالولد الحد والله أعلم ص ﴿ قال مالك في الرجل يطلق امرأته فاذا مضت الثلاثة الاشهر قالت المرأة أنا حامل قال ان أنكر زوجها حملها لاعنها ﴾ ش قوله رحمه الله فيمن طلق امرأته ثم نفى حملها انه يلاعن يريد ان المرأة اذا طلقها الزوج ثم أتت بولد لما يلد له النساء لحق الزوج سواء أتت به في العدة أو بعدها الا ان ينفيه الزوج فيلاعن

(فصل) وقوله فاذا مضت الثلاثة الأشهر قالت المرأة أنا حامل خص الثلاثة الاشهر بذلك لأنها

* قال مالك والعبد اذا تزوج الحرة المسلمة أو الأمة المسلمة أو الحرة النصرانية أو اليهودية لاعنها * قال مالك في الرجل يلاعن امرأته فينزع ويكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم يلتعن في الخامسة انه اذا نزع قبل أن يلتعن جلد الحد ولم يفرق بينهما * قال مالك في الرجل يطلق امرأته فاذا مضت الثلاثة الاشهر قالت المرأة أنا حامل قال ان انكر زوجها حملها لاعنها

أول المدة التي تحس المرأة فيها بالحمل ولذلك يختص بها حكم العدة دون ماقصر عن ذلك

(فصل) وقوله اذا قالت المرأة انى حامل لاعن ان أنكر الحمل ظاهره يقتضي تعلق هذا الحكم بمجرد قولها دون ظهور الحمل ومعنى ذلك عندي انه ان أنكر حملها حين ادعت الحمل ثبت له حكم الانكار وكان له ان يلاعن اذا ظهر الحمل واذا ولدت على حسب ماتقدم من الاختلاف في ذلك وان لم تنف الحمل حين ادعائها اياه ثبت له حكم الاقرار به ولم يكن له ان يلاعن بعد ذلك لظهور حمل ولا لولادة ص ﴿ قال مالك في الأمة المملوكة يلاعنها زوجها ثم يشتريها انه لايطؤها وان ملكها وذلك ان السنة مضت ان المتلاعنين لايتراجعان أبدا ﴾ ش قوله رحمه الله في الأمة المملوكة يلاعنها زوجها ثم يشتريها أنه لايطؤها يريد ان كمال اللعان بينهما قد أبد تحريم الوطء ومالايستباح وطؤه بالزوجية لايستباح بملك اليمين كذوات المحارم والنكاح أبلغ في اباحة الوطء من ملك اليمين لأن مقصود النكاح الوطء وليس مقصود الملك الوطء ولذلك لايجوز له أن يتزوج من لايستبيح وطأها ولايجوز له أن يبقى على زوجته الملاعنة ويجوز له أن يملك من لايستبيح وطأها ويجوز له أن يملك التي قد لاعنها فاذا لم يستبح وطء الملاعنة بالنكاح الذي مقصوده الوطء فبان لايستبيح ذلك بملك اليمين أولى وأحرى (مسئلة) وقوله رحمه الله وذلك ان السنة مضت ان المتلاعنين لايتناكحان أبدا لعله يريد بالسنة ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للملاعن لاسبيل لك عليها ويحتمل ان يريد مامضى من العمل في ذلك في زمان النبي صلى الله عليه وسلم الى هلم جرا في كل زمان ومكان ان كل متلاعنين تثبت الفرقة بينهما ولاخلاف في ذلك مع بقاء الزوجة على قذفه وانما الخلاف بعد تكذيبه لنفسه وفي مسئلتنا يحتمل ان يريد مع بقائه على حكم القذف ص ﴿ قال مالك اذا لاعن الرجل امرأته قبل ان يدخل بها فليس لها الانصف الصداق ﴾ ش قوله رحمه الله ان من لاعن قبل البناء لايخلو ان يكون لرؤية أو نفي حمل فان كان لرؤية كان له ان يلاعن وان كان لنفي حمل فان أتت به لأقل من ستة أشهر فلاشئ لها من الصداق ولايحرم عليه نكاحها بالتلاعن لأنها غير زوجة وان أتت به لستة أشهر لحق الا ان تلاعن وهل يلاعن قبل الولادة اختلف أصحابنا فيه على ماتقدم

(فصل) وان قال الزوج تزوجت منذ خمسة أشهر وقالت هي تزوجت منذ أكثر من ستة أشهر وبها حمل فلابد من اللعان قاله ابن القاسم وابن وهب ووجه ذلك انه لايقطع بانه ليس من الزوج فلا ينفيه الا باللعان والله أعلم

(فصل) وقوله ان لها نصف الصداق على ماقال لأن الفرقة وقعت بسبب الزوج على وجه لايعلم به صدقه كالاعسار بالنفقة وحكى الشيخ أبو القاسم في تفريعه انه لاشئ لها من الصداق ووجه ذلك أنه فسخ قبل البناء (مسئلة) ولاسكنى لها ولامتعة لأن الفرقة وقعت قبل البناء وماتدعيه من الوطء لايوجب لها تكميل الصداق ولا السكنى مع انكار الزوج كالنصف الثاني من الصداق والله أعلم

﴿ ميراث ولد الملاعنة ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنا انه اذا مات ورثت أمه حقها في كتاب الله واخوته لأمه حقوقهم ويرث البقية موالي أمه ان كانت مولاة وان كانت عربية ورثت حقها وورث اخوته لأمه حقوقهم وكان مابقي للمسلمين *قال مالك وبلغني عن سليمان بن يسار مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا ﴾ ش قوله رحمه الله ان ولد الملاعنة

قال مالك في الأمة المملوكة يلاعنها زوجها ثم يشتريها انه لايطؤها وان ملكها وذلك أن السنة مضت أن المتلاعنين لايتراجعان أبدا * قال مالك اذا لاعن الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فليس لها الا نصف الصداق

﴿ ميراث ولد الملاعنة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك انه بلغه ان عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنا اذا مات ورثت أمه حقها في كتاب الله تعالى واخوته لأمه حقوقهم ويرث البقية موالي أمه ان كانت مولاة وان كانت عربية ورثت حقها وورث اخوته لأمه حقوقهم وكان مابقي للمسلمين قال مالك وبلغني عن سليمان بن يسار مثل ذلك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا

وولد الزنا ترث أمه واخوته لأمه حقوقهم منه وذلك انه لا يبطل نسبه من جهة أمه لأنه يحتاج في الحاقه بها الى عقد نكاح فلذلك لا ينتفي عنها بلعان ولا اقرار بزنا ولا تحققه وانما ينتفي عن الأب لأنه لا يلحق به الا بعقد نكاح أو ملك يمين فلذلك صح انتفاؤه منه واذا كان أصل التوارث من جهة الأب لبطل كل ميراث بسببه ولما ثبت ميراث الأم مع اللعان والزنا ثبت كل ميراث بسببها

(فصل) وقوله رحمه الله في كتاب الله يقتضي ان عموم آيات التوارث يتناولهم من قوله تعالى فان كان له اخوة فلأمه السدس وقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث

(فصل) وقوله رحمه الله تعالى وورث البقية موالي أمه ان كانت مولاة وان كانت عربية فبيت مال المسلمين يريد انها اذا كانت مولاة وورث بالولاء كل من تلده فوالي أمه موالي كل من تلده واذا لم يكن من جهة الأم من يرث الا الأم والاخوة للام ولا يحيطون بالميراث فالباقي مورث بالولاء وان كانت عربية فلبيت مال المسلمين لأنه ليس من جهة الأبوة من يستحق ما فضل عن الفروض ولا تورث بالولاء والله أعلم

﴿ طلاق البكر ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن محمد بن اياس بن البكير انه طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي فذهبت معه أسئل له فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقالا لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فانما طلاقي اياها واحدة فقال ابن عباس انك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل ﴾ ش قول أبي هريرة وابن عباس للذي طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول بها لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك تصريح بوقوع الثلاث تطليقات على غير المدخول بها وعلى ذلك الصحابة ومالك وجمهور الفقهاء وقال طاوس وعمرو بن دينار وعطاء هي واحدة سواء وقع ذلك في لفظ واحد أو ألفاظ متتابعة والدليل على ذلك قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وهذا عام في المدخول بها وغيرها ومن جهة المعنى ان كل من صح ايقاعه الطلقة الواحدة عليها صح أن يكمل لها الثلاث كالمدخول بها

(فصل) وقول السائل انما طلاقي اياها واحدة يحتمل أن يريد بذلك انما أوقعها في دفعة واحدة وهو أن يقول لها أنت طالق ثلاثا فيجمع ذلك في لفظ واحد وقال ابراهيم النخعي اذا قال لها أنت طالق ثلاثا لزمته الثلاث واذا قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق لزمته الواحدة دون الثنتين وروى ذلك عن ابن عباس وقال مالك تلزمه الثلاث اذا اتصل كلامه ولم ينفصل لان كل كلام يصح الاستثناء منه فانه يصح العطف عليه كطلاق المدخول بها (مسئلة) فمن طلق ثلاثا قبل البناء ثم تزوجها وهو يرى ذلك حلالا فانه يفرق بينهما ولها المهر كاملا ان كان دخل بها قاله الزهري والشعبي وهو قول مالك وقال النخعي لها مهر ونصف وجه القول الأول ان النكاح الفاسد أضعف من النكاح الصحيح فاذا لم يجب بالمسيس في النكاح الصحيح الا مهر واحد فكذلك في الفاسد ولان الوطء في النكاح الفاسد مستند الى العقد فلم يجب فيه ما لا يجب بالعقد الا أن يريد ابراهيم ان له في العقد الثاني الذي يعقبه الطلاق ونصف الصداق وله في العقد الثاني صداق كامل بما أفرد به الدخول فهو كلام صحيح

﴿ طلاق البكر ﴾
* حدثني يحيي عن مالك عن ابن شهاب عن محمد ابن عبد الرحمن بن ثوبان عن محمد بن اياس بن البكير انه قال طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي فذهبت معه أسأل له فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقالا لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فانما طلاقي اياها واحدة قال ابن عباس انك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل

عياش الانصارى عن عطاء بن يسار أنه قال جاء رجل يسأل عبد الله بن عمرو بن العاصى عن رجل طلق امرأته ثلاثا قبل أن يمسها قال عطاء فقلت انما طلاق البكر واحدة فقال عبد الله بن عمرو بن العاصى انما أنت قاص الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبد الله ابن الاشج انه أخبره عن معاوية بن أبى عياش الانصارى انه كان جالسا مع عبد الله بن الزبير وعاصم ابن عمر بن الخطاب قال فجاءهما محمد بن اياس ابن البكير فقال ان رجلا من أهل البادية طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها فماذا تريان فقال عبد الله بن الزبير ان هذا الأمر مالنا فيه قول فاذهب الى عبد الله بن عباس وأبى هريرة فانى تركتهما عند عائشة فسلهما ثم ائتنا فاخبرنا فذهب فسألهما فقال ابن عباس لأبى هريرة أفته يا أبا هريرة فقد جاءتك معضلة فقال أبو هريرة الواحدة تبينها والثلاثة تحرمها حتى تنكح زوجا غيره وقال ابن عباس مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

وهو مقتضى قول مالك والله أعلم ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبد الله بن الاشج عن النعمان بن أبى عياش الأنصارى عن عطاء بن يسار انه قال جاء رجل يسأل عبد الله بن عمرو بن العاصى عن رجل طلق امرأته ثلاثا قبل أن يمسها قال عطاء فقلت انما طلاق البكر واحدة فقال عبد الله بن عمرو بن العاصى انما أنت قاص الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ش قول عطاء للسائل وقد طلق ثلاثا انما طلاق البكر واحدة يحتمل أحد وجهين اما أن يريد به انه لا يجوز أن يطلق الا واحدة أو انه لا يصح أن يلحقها الا طلقة واحدة ولا يحمل على نفى الجواز والاباحة لان ذلك حكم المدخول بها مع ان جواب عبد الله بن عمرو يمنع من ذلك فلم يبق الا أن يريد به أنه لا تلحقها الا طلقة واحدة وان أوقع الزوج عليها أكثر من ذلك وهو المعلوم من قول عطاء وقد تقدم ذكره ولذلك قال له عبد الله بن عمرو انما أنت قاص يعنى انك ممن لا يفتى فى هذه المسئلة ولا يعرف حكمها وان رتبتك أن تقص على الناس دون أن تفتى ثم أظهر ما عنده من حكم المسئلة مما يخالف قول عطاء فقال له ان الطلقة الواحدة تبينها يريد من الزوج فلا رجعة له عليها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره وهذا يقتضى ان الثلاث تقع عليها ولذلك لا يحل نكاحها الا بعد زوج وان حكم من طلقت ثلاثا عندى غير حكم من طلقت عليه واحدة ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبد الله بن الأشج انه أخبره عن معاوية بن أبى عياش الانصارى انه كان جالسا مع عبد الله بن الزبير وعاصم بن عمر بن الخطاب قال فجاءهما محمد بن اياس بن البكير فقال ان رجلا من أهل البادية طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها فماذا تريان فقال عبد الله بن الزبير ان هذا الامر مالنا فيه قول فاذهب الى عبد الله بن عباس وأبى هريرة فانى تركتهما عند عائشة فسلهما ثم ائتنا فاخبرنا فذهب فسألهما فقال ابن عباس لأبى هريرة افته يا أبا هريرة فقد جاءتك معضلة فقال أبو هريرة الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره وقال ابن عباس مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك الامر عندنا ﴾ ش قول عبد الله بن الزبير ان هذا الامر مالنا فيه قول اقرار منه بالحق وتوقف عن الفتوى فيما لم يظهر له صوابه وان كان من أهل العلم وهذا مما يجب أن يلزمه كل ذى دين أن يقول اذا سئل عما لا يعلم لا أعلم وقد قال ابن عباس اذا أخطأ العالم لا أدرى أصيبت مقاتله وأمر السائل أن يسأل ابن عباس وأبا هريرة رجاء أن يكون عندهما أو عند أحدهما حكم هذه المسئلة ثم أمره أن يعود اليه فيخبره بقولهما ليسهل له ذلك طريق النظر فى الصواب لان حفظ العالم أقوال العلماء يسهل له طريق النظر ويعينه عليه .

(فصل) وقول ابن عباس لابى هريرة افته يا أبا هريرة فقد جاءتك معضلة اخبار عن خفاء المسئلة عليه وتعذر الوصول الى وجه الصواب فيها يقال أعضل الامر اذا أعيا وجه تناوله فقدم أبا هريرة فى الفتوى بعد أن أخبره بتعذر تبينها ومعرفة وجه الصواب رجاء أن يكون عند أبى هريرة فى ذلك ما يصير اليه أو ما يستعين به على الوصول الى معرفة حكمها فلما وافق أبو هريرة الصواب فيها وقال الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره قال ابن عباس مثله ليتبين وجه الصواب له وقد روى طاوس وعطاء عن ابن عباس انه كان يقول هى واحدة فلعله كان يقول بذلك حتى سمع من قول أبى هريرة ما تبين له الصواب فيه فرجع الى القول به وقد روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ان السائل عن المسئلة كان رجلا من مزينة وان ابن عباس قال لأبى هريرة لما أفتى بما تقدم من قوله

زينتها يا أباهريرة أو نورتها أو كلمة تشبهها يعني انه أصاب ص ﴿قال مالك والثيب اذا ملكها الزوج ولم يدخل بها أنها تجري مجرى البكر الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ش قوله رحمه الله ان الثيب كالبكر في ذلك واضح لان الحكم لا يتعلق ببكارتها وانما يتعلق بأنها غير مدخول بها فاذا لم يدخل بها زوجها فحكمها في الواحدة حكم البكر والله أعلم

﴿ طلاق المريض ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال وكان أعلمهم بذلك وعن أبي سلمة ابن عبد الرحمن بن عوف ان عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها ﴾ ش قوله ان طلحة بن عبد الله بن عوف كان أعلمهم بذلك يريد انه كان أعلمهم بحكم هذه القضية وما جرى فيها لعبد الرحمن بن عوف من صفة الطلاق ولعثمان بن عفان من الحكم من سائر الرواة لذلك

(فصل) وقوله ان عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض يريد ان طلاقه اياها كان البتة فيحتمل انه كان يرى اباحة ذلك أو يحتمل انه طلقها واحدة في آخر ثلاث تطليقات فكانت تلك الطلقة بتة لانها بها تبين عنه وان عثمان بن عفان رضي الله عنه ورثها منه * وفي ذلك بابان * أحدهما في صفة المرض وما يلحق به من المعاني التي تجري مجراه في بقاء حكم الميراث * والباب الثاني في حكم طلاق المريض

(الباب الأول في صفة المرض الذي به يبقى حكم ميراث المطلقة)

قال مالك في كتاب محمد ان كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج وان كان جذاما أو برصا أو فالجا فانه يحجب فيه عن ماله وان طلق فيه زوجته ورثته وليس للقوة والريح والرمد كذلك اذا صح البدن وكذلك ما كان من الفالج والبرص والجذام يصح معه بدنه ويتصرف فهو كالصحيح قال محمد ولم يختلف مالك وأصحابه في الزاحف في الصف انه كالمريض في الطلاق وغيره فاما من نالته شدة في البحر فلم يره ابن القاسم كالمريض وأراه رواه عن مالك وقال أشهب هو كالمريض ووجه القول ان المخافة من شدة البحر لم تتعين ولا وجد سبب العطب لان العطب انما يكون بانكسار المركب فهو بمنزلة الزاحف في القتال فاما هو والبحر فهو بمنزلة المخافة في موضع مخوف لم ير بعد والوقوف في العسكر مع معاينة العدو دون مباشرة حرب ولا بقرب منه ووجه القول الثاني انه في حالة مخافة على نفسه يتكرر منها الهلاك فلم تمنع صحة جسمه من ان يكون حكم المريض في ماله كالزاحف

(الباب الثاني في حكم طلاق المريض)

من طلق امرأته في مرضه ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها وبعد ان تزوجت غيره اذا اتصل مرضه الى ان توفي خلافا للشافعي في قوله ان المبتوتة في المرض لا ترث والدليل على ما نقوله ان القاضي أبا محمد قال انه اجماع الصحابة ولان ذلك مروي عن عمر بن الخطاب وعثمان وغيرهم ولا مخالف لهم في ذلك الا ما يروى عن عبد الله بن الزبير وسنذكره بعد هذا ان شاء الله ومن جهة المعنى انها فرقة في حال منع تصرفه فيها من غير الثلث فلم يقطع ميراث الزوجة كالموت ولان للتهمة تأثيرا في الميراث بدليل منع القاتل الميراث (مسئلة) فان طلقها بنشوز منها أو لعان أو خلع فان حكم الميراث باق

* قال مالك والثيب اذا ملكها الزوج ولم يدخل بها انها تجري مجرى البكر الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره

﴿ طلاق المريض ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن ابن شهاب عن طلحة ابن عبد الله بن عوف قال وكان أعلمهم بذلك وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها

لها خلافا لأبي حنيفة لان عثمان ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف وقد سألته الطلاق ومن جهة المعنى ان الاذن لايسقط في ميراث الوارث كما لو أذن الابن لأبيه في اخراجه من الميراث فان ارتد في مرضه ثم راجع الاسلام فات من مرضه ذلك لم ترثه لان بارتداده انفسخ النكاح بينهما ورجوعه الى الاسلام ليس برجعة (مسئلة) ولو أقر في مرضه انه طلق البتة في صحته لم يصدق وورثته امرأته اذا أنكرت ذلك ووجه ذلك عندي انه يدعي مايسقط ميراثها ولايقبل ذلك منه في حالة ليس له اخراجها من جملة الورثة (مسئلة) ولو مات فشهد الشهود ان الزوج كان طلقها البتة في صحته فقد جعله ابن القاسم كالمطلق في المرض لان الطلاق انما يقع يوم الحكم ولو وقع يوم القول لكان فيه هذا الحد اذا أنكر الطلاق وأقر بالوطء (مسئلة) ومن طلق في صحته طلقة ثم مرض فاردفها في صحته ثانية ثم مات فلها الميراث في العدة لانها تبنى على عدتها من الطلاق الاول ولو ارتجع من الأول انفسخت العدة ثم ان طلقها بعد ذلك في المرض كان لهذا الطلاق حكمه فورثته وان مات بعد انقضاء العدة قال معناه ابن المواز (مسئلة) ولو طلق زوجة نصرانية أو أمة في مرضه ثم أسلمت النصرانية وأعتقت الأمة بعد العدة ومات بعد ذلك من مرضه ذلك ورثتاه رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتبية وقال سحنون لاترثانه ولا يتهم في ذلك وكذلك لو طلقها البتة الاأن يطلق واحدة وتموت في العدة بعد ان أسلمت هذه وعتقت هذه فترثانه وجه قول ابن القاسم انه مات وحرمتهما واحدة بعد ان طلق في المرض فثبت الميراث للمرأة كما لو كانت مسلمة حين الطلاق ووجه قول ابن القاسم مااحتج به لانهما لم تكن وارثة حين طلقها فلم يقتض بطلانه اياها اخراجها من الميراث (مسئلة) من حلف ليقضين فلانا حقه فمرض الحالف ثم حنث في مرضه ومات منه قال أبو حنيفة والشافعي لاترثه وقال المغيرة ان كان بين الملك فلم يقضه فامرأته ترثه كالمطلق في المرض وان كان عديما فطرأ له مال لم يعلم به حتى مات فقد حنث ولاترثه وقال سحنون عن أبيه لاأعرف هذا ولاأراه وقال أصحابنا انها ترثه بكل حال لانه طلاق وقع في المرض وجه قول المغيرة انه لم يكن له مال علم به فلم يقصد طلاقها ولا اخراجها من الميراث فلذلك لم ترثه ووجه ماقال سحنون مااحتج به من مراعاة وقت الطلاق لاوقت ايقاعه والله أعلم (مسئلة) ولو كان الحنث من سببها مثل أن يحلف وهو صحيح بطلاقها ان دخلت الدار فدخلتها وهو مريض قاصدة الى طلاقه فهي طالق ولاميراث لها رواه زياد بن جعفر عن مالك والمشهور من مذهب أصحابنا انها ترثه وجه القولين ماتقدم ذكره ص ✽ مالك عن عبد الله بن الفضل عن الأعرج ان عثمان بن عفان ورث نساء ابن مكمل منه وكان طلقهن وهو مريض ✽ ش قوله ورث نساء ابن مكمل منه يريد والله أعلم عبد الرحمن بن عبد الرحمن بن مكمل المدني الأعشى وكان طلقهن وهو مريض يريد المرض الذي توفي فيه ولايعلم من هذا الحديث هل توفي بعد انقضاء عدتها أو قبل ذلك وان كان قد روى عبد الرحمن بن هرمز ان نساءه كن ثلاثا احداهن جويرية بنت فارط وانه طلق اثنتين منهن في فالج أصابه ثم مكث بعد طلاقه اياهما سنين وانهما ورثتاه وان كان منهن من لم يدخل بها فطلقها وهو مريض أومن انقضت عدتها وتزوجت بعد انقضاء عدتها وذلك كله سواء عند مالك ترثه على كل حال خلافا لأبي حنيفة في قوله لاترث المطلقة قبل الدخول ولا بعد العدة ودليلنا على ذلك أنها مطلقة في المرض فورثته مع سلامة الحال كما لو مات في العدة ص ✽ مالك انه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول بلغني ان امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها فقال اذا حضت ثم طهرت فآذنيني فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن عوف فلما طهرت آذنته

✽ وحدثني عن مالك عن عبد الله بن الفضل عن الأعرج أن عثمان بن عفان ورث نساء ابن مكمل منه وكان طلقهن وهو مريض
✽ وحدثني عن مالك انه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول بلغني أن امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها فقال اذا حضت ثم طهرت فآذنيني فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن عوف فلما طهرت آذنته

فطلقها البتة أوتطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمن بن عوف يومئذ مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها ✽ ش قول عبد الرحمن بن عوف لما سألته امرأته الطلاق اذا حضت ثم طهرت فآذنيني مراعاة لسنة الطلاق لانه قد كان أصابها في ذلك الطهر وسنة الطلاق أن يطلق في طهر لم يمس فيه ولا يعقب حيضا طلق فيه و يقال ان هذه المرأة هي تماضر بنت الأصبغ أم سلمة بن عبد الرحمن بن عوف فلم تبلغ الوقت الذي رسمه لها حتى مرض عبد الرحمن بن عوف مرضه الذي توفي فيه فلما آذنته بذلك طلقها طلاقا بائنا اما انه جمع الثلاث ان كان يرى اباحة ذلك أو طلق آخر طلقة بقيت له فيها وقد فسر ذلك الراوى

(فصل) وقوله فورثها عثمان بن عفان منه يقتضي ان عثمان رضي الله عنه ورث نساء المطلق في المرض وان كان سبب الطلاق من فعلهن لان هذه الزوجة هي سألت عبد الرحمن بن عوف الطلاق ورغبته وقد ورثها عثمان مع ذلك وقد جعل أهل العلم فعل عثمان في ذلك أصلا لانه امام حكم في قضية رجل مشهور أحد العشرة ومثل هذا ينتشر قضاؤه به في الأمصار و ينقل الى الآفاق فلم يتحصل عن أحد من الصحابة ولا غيرهم في ذلك خلاف فثبت انه اجماع منهم على تصويبه

(فصل) وقوله فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها يريد والله أعلم وقد مات بعد انقضاء عدتها لان وقت الحكم لها بالميراث لا تعتبر فيه العدة وانما تعتبر في الوفاة التي استحق بها الميراث واذا كانت بائنا منه ورثها مع ذلك فلا فرق بين أن يتوفى في العدة أو غيرها الا انها ليست ترث مطلقة بائنا متوفى في عدة فحكمها وحكم التي قد انقضت عدتها في ذلك سواء ص ✽ مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد ابن يحيى بن حبان قال كانت عند جدي حبان امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية وهي ترضع فمرت بها سنة ثم هلك ولم تحض فقالت أنا أرثه لم أحض فاختصمتا الى عثمان بن عفان فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعني علي بن أبي طالب رضي الله عنه ✽ مالك انه سمع ابن شهاب يقول اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وهو مريض فانها ترثه ✽ ش قوله فطلق الأنصارية وهي ترضع فتوفي فانقضت سنة ولم تحض يريد والله أعلم ان الأنصارية لم تحض لاجل الرضاع حتى توفي زوجها وذلك ان ارتفاع حيض المطلقة يكون لسبب معروف ولغير سبب معروف فأما ما كان لسبب معروف فكالرضاع والمرض فان تأخر للرضاع فانها لا تعتد الا بالاقراء طال الوقت أو قصر وقد احتج القاضي أبو محمد في ذلك بالاجماع قال فان حبان ابن منقذ طلق امرأته وهي ترضع فكثت نحو سنة لا تحيض لاجل الرضاع ثم مرض فخاف أن ترثه ان مات فخاصمها الى عثمان وعنده علي وزيد بن ثابت فقال لهما ما تريان فقالا نرى انها ترثه لانها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض ولا من اللائي لم يحضن فهي عنده على حيضها ما كان لم يمنعها الا الرضاع فانتزع حبان ابنه فلما حاضت حيضتين مات حبان فورثت منه واعتدت عدة الوفاة قال القاضي أبو محمد فاجمعوا ان التأخير بالرضاع لا يسوغ الاعتداد بغير الحيض وعللوا ذلك بأنها ليست ممن لم يحض ولا ممن يئسن من المحيض ومن جهة المعنى أن العادة المستقرة بأن الرضاع يؤثر في تأخير الحيض فلا يكون ذلك ريبة واذا لم يكن ريبة وجب انتظار زواله والاعتبار بالحيض اذ هي ممن تحيض

(فصل) وقوله هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا أراد تطييب نفسها بان ما حكم به ولامت عليه لم يحكم به الا بعد مشاورة العلماء وان ابن عمها علي بن أبي طالب الذي لا تشك هي في اشفاقه عليها

فطلقها البتة أوتطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمن ابن عوف يومئذ مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها ✽ وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان قال كانت عند جدي حبان امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الانصارية وهي ترضع فمرت بها سنة ثم هلك عنها ولم تحض فقالت أنا أرثه لم أحض فاختصمتا الى عثمان بن عفان فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعني علي بن أبي طالب ✽ وحدثني عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وهو مريض فانها ترثه

واراداته الخير لها هو ممن أفتى بذلك والله أعلم ص ﴿ قال مالك وان طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها وان دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله والميراث * قال مالك البكر والثيب في هذا عندنا سواء ﴾ ش قوله في غير المدخول بها يطلقها زوجها وهو مريض ان لها نصف الصداق و به قال مالك وعليه جماعة الفقهاء ابن شهاب وعمر بن عبد العزيز والنخعي وغيرهم وقال الحسن البصري لها الصداق كاملا والدليل على ما نقوله ان هذه مطلقة قبل البناء بها فلم يكن لها الصداق كاملا كالو طلق في الصحة

(فصل) وقوله ولها الميراث روى نحو ذلك عن عطاء لها نصف الصداق والميراث خلافا للزهري وعمر ابن عبد العزيز ووجه ذلك انه مطلق في المرض لو لم يطلق فيه لكان لها الميراث فلم يكن له اسقاط ميراثها بالطلاق كالذي دخل بها (فرق) والفرق بين تكميل الصداق والميراث ان الصداق عوض في معاوضته ونصفه يجب بالعقد فليس له اسقاطه ونصفه يجب بالدخول أو بالموت على حكم الزوجية وله ابطال ذلك بالطلاق وأما الميراث فهو قد تعين لها بعوضه تستحق استيفاءه بعد موته فلم يكن له اسقاطه

(فصل) وقوله ولا عدة عليها خلافا للحسن في قوله لها الصداق والميراث وعليها العدة وجه قول مالك انها مطلقة لم يبن بها فلم تكن عليها عدة كالو طلقها في الصحة لان الطلاق في المرض انما يؤثر في الميراث دون العدة ولذلك لو طلقها حال المرض فتوفى بعد انقضاء عدتها أو كان طلاقه بائنا لم تنتقل الى عدة الوفاة وكان لها الميراث

﴿ ماجاء في متعة الطلاق ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته فمتع بوليدة ﴾ ش قوله طلق امرأته فمتع بوليدة يريد أعطاها اياها اثر طلاقه اياها قال الله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف واختلف العلماء في المتعة فذهب مالك الى أنها ليست مما يجبر عليها المطلق ولا يحكم بها عليه قال مالك انها لحق على الزوج ولا يقضى بها عليه وليحرضه السلطان عليها ولا تحاص الغرماء بها وهي لكل مطلقة لا ترد شيأ مما أخذت وهي على المولى اذا طلق عليه قاله ابن المواز لانه طلاق سلم من نهاية المقابحة وارتجاع شئ من الزوجة فأما من ترد شيأ مما أخذت فكيف يزاد عليه وكذلك المفارقة عن مقابحة كالملاعنة فلا متعة لها قال الشيخ أبو اسحق لان المتعة تسلية عن الفراق والملاعن لا يريد تسلية من لاعن من الزوجات (مسئلة) والتي لم يسم لها الصداق اذا دخل بها لها المتعة كالتي سمى لها ودخل بها والصداق لانه لا ينتزع منها شئ ولا فارقت عن نهاية مقابحة فكان لها المتعة كالتي سمى لها ودخل بها (مسئلة) فان طلقها بعد البناء بها ثم راجعها قبل أن يمتعها فلا متعة لها قاله ابن وهب وأشهب لان المتعة تسلية عن الفراق والتسلية بالارتجاع أعظم والله أعلم وقد قال ربيعة انما المتعة لمن لا رد له عليها يريد لمن لا رجعة له عليها والتي له عليها رجعة فلم ترتجع حتى انقضت العدة فقد صارت في حكم من لا رجعة له عليها وذكر فضل بن مسلمة نحو هذا وهذا يقتضي ان وقت المتعة من الطلاق الرجعي اذا انقضت وقت الرجعة وسبب البينونة (مسئلة) وكل فرقة من قبل المرأة قبل البناء أو بعده فلا متعة فيها ووجه ذلك انها التي اختارت الفراق فلا تسلى عن المشقة التي تلحق بها ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول لكل مطلقة متعة الا التي تطلق وقد فرض لها صداق ولم

* قال مالك وان طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها وان دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله والميراث البكر والثيب في هذا عندنا سواء

﴿ ماجاء في متعة الطلاق ﴾

* حدثني يحيي عن مالك انه بلغه ان عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته فمتع بوليدة * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لكل مطلقة متعة الا التي تطلق وقد فرض لها صداق ولم

تمسس فحسبها نصف ما فرض لها * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب انه قال لكل مطلقة متعة * قال مالك وبلغني عن القاسم بن محمد مثل ذلك قال مالك ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا كثيرها

تمسس فحسبها نصف ما فرض لها * مالك عن ابن شهاب انه قال لكل مطلقة متعة قال مالك وبلغني عن القاسم بن محمد مثل ذلك ﴾ ش قد تقدم ذكرنا من يؤمر بالمتعة وقد قال القاسم بن محمد لا متعة في نكاح مفسوخ ولا فيما يدخله الفسخ بعد صحة العقد مثل ملك أحد الزوجين صاحبه وأصل ذلك قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف فكان هذا الحكم مختصا بالطلاق دون الفسخ ومن جهة المعنى انه أمر غلبا عليه وليس من قبل الزوج فيسليها بالمتعة (مسئلة) وان جهل المتعة حتى مضت أعوام فليرجع ذلك اليها ان تزوجت أو الى ورثتها ان ماتت رواه ابن المواز عن ابن القاسم قال أصبغ لا شيء عليه ان ماتت وجه قول ابن القاسم أنه حق ثبت لها فينتقل عنها الى ورثتها كسائر الحقوق ووجه قول أصبغ ما احتج به من أنه لا عوض له وانما هو تسلية من الطلاق وقد فات ذلك ص ﴿ قال مالك ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا كثيرها ﴾ ش وهذا على ما قال مالك رحمه الله انه لا حد في جنسها ولا قدرها قال مالك وهي على قدر الرجل والمرأة لقول الله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وروى ابن وهب عن ابن عباس انه قال أعلاها الخادم ودون ذلك الورق ودون ذلك الكسوة

﴿ ما جاء في طلاق العبد ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن سليمان بن يسار ان نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أو عبدا لها كانت تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب ان نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم طلق امرأة حرة تطليقتين فاستفتى عثمان ابن عفان فقال حرمت عليك * مالك عن عبد ربه بن سعيد عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي ان نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم استفتى زيد بن ثابت فقال اني طلقت امرأة حرة تطليقتين فقال زيد بن ثابت حرمت عليك ﴾ ش قول عثمان بن عفان وزيد بن ثابت لنفيع وقد طلق زوجته تطليقتين حرمت عليك يقتضي ان معنى التحريم استيفاء عدد الطلاق والمنع من الارتجاع الى الزوجية وهذا يقتضي ان قول القائل لزوجته أنت علي حرام يقتضي ايقاع الثلاث وتضمن الحديث ان العبد لا يملك الا تطليقتين وان كانت حرة ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول اذا طلق العبد امرأته تطليقتين فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره حرة كانت أو أمة وعدة الحرة ثلاث حيض وعدة الأمة حيضتان ﴾ ش قول عبد الله بن عمر هذا يقتضي ما قدمناه من أن معنى التحريم استيفاء الطلاق والمنع من استئناف زوجية الا بعد زوج وهؤلاء أهل اللغة العربية الذين نزل القرآن بلسانهم وطريق هذا اللغة فيجب أن يرجع الى ما قاله من ذلك وأن يحمل قول الرجل لزوجته أنت علي حرام على هذا ومذهب عبد الله بن عمر في أن الاعتبار في الطلاق بحال الزوج في الحرية والرق وفي الاعتبار في العدة بحال الزوجة وهو مذهب مالك رحمه

﴿ ما جاء في طلاق العبد ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي الزناد عن سليمان ابن يسار أن نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أو عبدا لها كانت تحته امرأة حرة فطلقها ثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد ابن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم طلق امرأة حرة تطليقتين فاستفتى عثمان بن عفان فقال حرمت عليك * وحدثني عن مالك عن عبد ربه بن سعيد عن محمد بن ابراهيم ابن الحارث التيمي أن نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم استفتى زيد بن ثابت فقال اني طلقت امرأة حرة تطليقتين فقال زيد ابن ثابت حرمت عليك * وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول اذا طلق العبد امرأته تطليقتين فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره حرة كانت أو أمة وعدة الحرة ثلاث حيض وعدة الأمة حيضتان

الله وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولابن عمر في ذلك قول آخر وهو ان المراعى في الطلاق رق أحد الزوجين وبه أخذ أبو ثور والله أعلم ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول من أذن لعبده أن ينكح فالطلاق بيد العبد ليس بيد غيره من طلاقه شئ فاما أن يأخذ الرجل أمة غلامه أو أمة وليدته فلا جناح عليه ﴾ ش قوله رضي الله عنه ان من أذن لعبده في النكاح فالطلاق بيد العبد يريد ان السيد لا يملك أن يفرق بينه وبين زوجته ولا يوقع عليها طلاقا ولا يمنع العبد من ايقاع ذلك وان كان له منعه من النكاح وبهذا قال جمهور الصحابة عمر وعلى وعبد الرحمن بن عوف وبه أخذ مالك وأبو حنيفة والشافعي وسائر فقهاء الحجاز والعراق وروى عن جابر بن عبد الله وعبد الله بن عباس ان الطلاق بيد السيد وقال غيرهما ان كان السيد زوجه فالطلاق بيد العبد وان كان اشتراه مزوجا فله أن يفرق بينهما والدليل على ما نقوله ان السيد لما أذن له في النكاح فقد أذن له في أن يملك سائر أحكامه كما ملكه الاستمتاع

(فصل) وقوله وله أن ينتزع أمة عند عبده قد استمتع بها كما له أن ينتزع أمة وليدته لان للسيد أن ينتزع مال عبيده وامائه

﴿ نفقة الأمة اذا طلقت وهي حامل ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك ليس على حر ولا على عبد طلقا مملوكة ولا على عبد طلق حرة طلاقا بائنا نفقة وان كانت حاملا اذا لم يكن له عليها رجعة * قال مالك وليس على حر أن يسترضع ابنه وهو عند قوم آخرين ولا على عبد أن ينفق من ماله على ما يملك سيده الا باذن سيده ﴾ ش قوله رحمه الله لا تجب النفقة على عبد ولا على حر طلقا مملوكة يريد والله أعلم الطلاق البائن فلا نفقة لها وان كانت حاملا لان ابنها رقيق لسيدها فالنفقة تلزمه دون الزوج المطلق وبهذا قال الشافعي وجمهور الفقهاء وروى عن الحسن والحكم أن النفقة على الزوج الحر يطلق الأمة وهي حامل ووجه القول الأول ان هذه نفقة تجب بسبب الولد وهو عبد فلم يلزمه اياه أصل ذلك نفقته بعد الانفصال من الرضاع وغيره وأما ان كان الطلاق رجعيا فحكمها حكم الزوجة في النفقة بعد ان شاء الله تعالى

(فصل) وأما العبد يطلق الحرة حاملا فلا نفقة عليه لان نفقة الزوجية قد بطلت بالطلاق البائن وليس للعبد أن ينفق مال السيده فيه حق الانتزاع والمنع من التصرف على ابنه وهو حر كما ليس له ذلك بعد الولادة

(فصل) وقوله وليس على حر أن يسترضع ابنه وهو عند قوم آخرين يريد ليس عليه رضاع ابنه وكذلك ليس عليه نفقته وأجمع العلماء على هذا ممن يقول بالنفقة على الحامل ومن لا يقول بذلك ووجهه ان العبد نفقته على سيده دون ابنه وغيره وهذا عند مولى الأم فكانت نفقته ومؤنته عليه

﴿ عدة التي تفقد زوجها ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فانها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل ﴾ ش قوله رضي الله عنه أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فانها تنتظر أربع سنين لم يعتبر بما أقامت قبل أن ترفع اليه ولو أقامت عشرين سنة والمفقود الذي ذهبت فيه الى عمر بن الخطاب هو الذي يغيب عن

* وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول من أذن لعبده أن ينكح فالطلاق بيد العبد ليس بيد غيره من طلاقه شئ فاما أن يأخذ الرجل أمة غلامه أو أمة وليدته فلا جناح عليه

﴿ نفقة الامة اذا طلقت وهي حامل ﴾

* قال مالك ليس على حر ولا على عبد طلقا مملوكة ولا على عبد طلق حرة طلاقا بائنا نفقة وان كانت حاملا اذا لم يكن له عليها رجعة

* قال مالك وليس على حر أن يسترضع ابنه وهو عند قوم آخرين ولا على عبد أن ينفق من ماله على ما يملك سيده الا باذن سيده

﴿ عدة التي تفقد زوجها ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن يحيي بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر ابن الخطاب قال أيما امرأة فقدت زوجها لم تدر أين هو فانها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل

امرأته بحيث لايعلم من بلاد المسلمين ولم يفقد في معركة فيغلب على الظن هلاكه فيها فهذا اذا رفعت امرأته أمرها الى السلطان قال عيسى عن ابن القاسم المفقود على ثلاثة أوجه مفقود لايدرى موضعه فهذا يكشف الامام عن أمره ثم يضرب له الأجل أربع سنين ومفقود في صف المسلمين في قتال العدو فهذا الاتنكح زوجته أبدا وتوقف هي وماله حتى ينقضي تعميره ومفقود في قتال المسلمين بينهم لايضرب له أجل وتتلوم زوجته بقدر اجتهاده فالمفقود الذي ذكره ابن القاسم أولا هو الذي يسأل أهله عن وجه مغيبه وجهة سفره وعن وقت انقطاع خبره ثم يسأل ويبحث عن خبره وروى ابن القاسم عن مالك ويكتب الى ذلك الموضع في الكشف عن أمره فان لم يوقف له على خبر استأنف لها ضرب أجل أربع سنين فان جاء في المدة أوجاء خبر حياته فهي على الزوجية وان لم يأت ولم يسمع له خبر حتى انقضت المدة اعتدت عدة الوفاة فان جاء في العدة فهي على الزوجية وان انقطع وانقضت العدة قبل مجيئه أومجيء علم بحياته فقد حلت للازواج وانما قلنا ان الامام يضرب لها أجلا بعد البحث عن أمر الذي به يعلم انقطاع خبره لما ذكره القاضي أبو محمد ان ذلك اجماع الصحابة لانه مروى عن عمر وعثمان قال وروى مثله عن على وجماعة من التابعين ولم يعلم لهم في عصر الصحابة مخالف فثبت أنه اجماع ومن جهة المعنى أن المرأة لها حق في الزوج ولو كان حاضرا الفرق بينهما بالعنة ومغيب عينه أشد من العنة فأن تثبت لها الفرقة به أولى وهذا الذي ذكره أبو محمد في المسئلة والذي روى عن على ذلك رواه عنه خلاس وفي روايته عنه ضعف وروى عنه انه قال هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أوفراق وهي أسانيد غير متصلة وما اتصل منها فليس بقوى وهي مع ذلك تحتمل التأويل وروى مثل قول عمر وعثمان عن ابن عمر وابن عباس واتفق عليه أهل المدينة وبه قال مالك وأحمد بن حنبل وابن راهويه وقال أبو حنيفة والشافعي هي زوجة الأول والله أعلم (مسئلة) وانما يقدر الأجل بأربعة أعوام لان الناس بين قائلين قائل يقول لايضرب لها أجل وقائل يقول يضرب لها أجل غير أربعة أعوام فمن قال انه يضرب لها أجل غير أربعة أعوام فقد خالف الاجماع ومن جهة المعنى ان الأغلب من حال هذه المدة انه يسمع فيها خبر من كان حيا في بلاد المسلمين مع البحث والسؤال عنه ومكاتبة الجهة التي غاب اليها بأمره وقد قال ابن الماجشون لايضرب له الأجل الا الامام الأعظم فان ضرب الأجل من يوم رفعت الأمر اليه وجهل ذلك لم يأتنف ضرب الأجل ولكنه يحسبه من يوم ثبت عنده بعد الفحص عنه (مسئلة) وحكم الامام بأربع سنين حكم للزوجة عليه بذلك فاذا انقضت الأربع سنين كان لها أن تعتد دون اذن الامام قاله ابن القاسم في المدونة وعدتها الا انه انما يحكم بموته في حقها فاذا انقضت عدتها حلت للازواج قال القاضي أبو محمد ولا يحتاج بعد انقضاء عدتها الى اذن الامام في تزويجها قال لان اذنه قد حصل بضرب الأجل (مسئلة) وان كان له نساء فرفعت احداهن أمره الى الامام وأبى سائرهن فضرب للقائمة الأجل بعد البحث قال يحيى بن عمر بلغني أن ابن القاسم سئل عنها فتفكر ثم قال أرى ضرب الأجل للمرأة الواحدة ضربا لجميعهن فاذا انقضى الأجل تزوجن ان أحببن (مسئلة) وهل على امرأة المفقود احداد في العدة قال مالك وابن نافع عليها الاحداد وقال ابن الماجشون لا احداد عليها وجه قول مالك انها عدة من وفاة لأنه انما يحكم بكونه ميتا لأن الظاهر انه لو كان حيا لسمع خبره ووجه قول عبد الملك انها فرقة يحتسب بها طلقة فلم يجب في العدة احداد كطلاق الحاضر (مسئلة) وحكم الزوجة التي لم يدخل بها زوجها اذا فقد حكم المدخول بها في الأجل والعدة وتختلف في صداقها

فقال مالك لها جميعه وقال ابن دينار لها نصفه قال القاضي أبو محمد وجه قولنا لها جميع الصداق أن أمره ينزل على الوفاة وذلك يوجب لها جميع الصداق وقولنا لها نصف الصداق وانها فرقة تحسب طلقة كالطلاق وقد قال غيرهما من أصحابنا ان كان دفعه اليها لم ينزع منها وان لم تكن قبضته لم تعط الا نصفه (فرع) فاذا قلنا لها جميع الصداق فقد قال مالك ما كان منه معجلا عجل وما كان مؤجلا بقي الى أجله وقال عبد الملك يعجل لها نصفه ويؤخر لها نصفه حتى يموت بالتعمير فتأخذه وروى ابن سحنون عن أبيه يعجل لها جميع الصداق ووجه تأجيل البعض أن الفرقة مراعاة لا يدرى أوفاة هي أم طلاق فيوقف لها نصف الصداق حتى يثبت حكم الطلقة بدخول الزوج الثانى أو بعقده على اختلاف أصحابنا فى ذلك فسقط نصف الصداق فى ذلك لأنها طلقة إلا أن يأتى الخبر انه توفى قبل ذلك فيكون لها ذلك النصف وهو الذى ذهب اليه سحنون وأما من يقول انه يبقى الى أجله فلأن حكمه باق فى ماله على ما كان عليه من الحياة فلا تحل ديونه وقد روى عن أصبغ انه يقضى دينه من ماله حل دينه أو لم يحل ويوقف ميراثه الى أقصى عمره ووجه قول عبد الملك انه لما قضى بتمويته فى حقها كان أقل ما يجب لها نصف الصداق ان كان طلاقا فعجل ذلك وانما تستحق الباقى بوفاته فتبقى حتى يحكم بها وأراه يريد ما لم تتزوج فيحكم بالطلاق على ما ذكره سحنون والله أعلم (فرع) فاذا قضى لزوجته بجميع الصداق ثم قدم قال الشيخ أبو محمد يريد وقد تزوجت فقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ترد نصفه ثم رجع فقال لا ترد شيأ كالميت والمعترض بعد التلوم عليه (مسئلة) وينفق على امرأة المفقود وعلى أولاده الصغار الذين لا مال لهم من ماله فى مدة الأربع سنين وينفق فى مدة العدة من ماله على ولده الصغار دون الزوجة المعتدة قاله ابن القاسم ووجه ذلك ان التزامها حكم العدة رضا بالفرقة على وجه التمويت له وللتوفى زوجها نفقة العدة (فرع) فان أنفق عليها فى أربع سنين ثم جاء الخبر انه قد كان مات قبل ذلك ردت ما أخذت من النفقة من يوم توفى الزوج وكذلك ولده فيما أنفق عليهم

(فصل) وأما الضرب الثانى من المفقودين وهم من فقد فى قتال المشركين فقد روى عيسى عن ابن القاسم ان زوجته لا تتزوج أبدا توقف هى وماله حتى يأتى عليه من العمر ما لا يحيا الى مثله وقال مالك انما يضرب الأجل للمفقود فى أرض الاسلام لا ببلد الكفر ولو علم بموضع الاسير ببلد الكفر ثم انقطع خبره لم يقض فيه بفراق ولا أجل وروى أشهب عن مالك فى العتبية فيمن فقد بين الصفين فى أرض العدو وأرض الاسلام فلتتربص امرأته سنة من يوم ينظر فى أمره السلطان ويضرب له الأجل ثم تعتد وقال أصبغ فى كتاب ابن المواز فى فقيد المعترك اذا كان ببلد بعيد كافريقية أو ببلد العدو فهو كالمفقود (فرع) فاذا قلنا يعمر فقد روى عن مالك أشهب يعمر سبعين سنة وروى ابن كنانة فى المجموعة ان مالكا قال فى ان مات الاولاد وأوصى ان ينفق عليهن حياتهن بتعمير بمائتى سنة وقال ابن المواز التعمير فى المفقود وغيره من السبعين الى المائة قال عبد الله بن عبد الحكم والمائة كثير وتوجيه ذلك كله يأتى فى الوصايا ان شاء الله تعالى (فرع) فاذا قلنا بتعمير السبعين فان ذلك لمن فارق قبل السبعين فان غاب ابن سبعين فقد روى أشهب عن مالك يعمر ثمانين فان غاب ابن ثمانين عمر تسعين فان غاب ابن تسعين عمر مائة ويعمل فى كل سن بقدر ما يرى بالاجتهاد

(فصل) وأما الضرب الثالث من المفقودين فى فتن المسلمين فقد روى عيسى عن ابن القاسم

لايضرب له أجل و يتلوم الامام لزوجته بقدر انصراف من انصرف وانهزم ثم تعتد زوجته وتتزوج الآن يكون قطرا بعيدا عن بلده كافريقية أونحوها فانها تنتظر سنة ونحوها قال فى كتاب محمد تعتد وقال فى العتبية و يقسم ماله قال سحنون ان ثبت حضوره فى المعترك بالعدول وان لم يشهد بموته و يعتد زوجته من يوم المعترك فان كان انما رأوه خارجا من العسكر ليس فى المعترك فهو كالمفقود يضرب له أجل المفقود وقال ابن حبيب ان فقد فى معترك المسلمين فى بعد فلتتربص امرأته سنة ثم تعتد و يؤخر ميراثه الى التعمير قال أصبغ الآن تكون المعركة فى موضعه فلا تتربص أكثر من العدة و يقسم ميراثه وقد قال أشهب عن مالك فيمن فقد بين الصفين تربص امرأته سنة ثم تعتد وقال ابن القاسم العدة داخلة فى السنة ثم رجع فقال هى بعد السنة عدة الوفاة ووجه ذلك الحكم بالظاهر انه اذا كان فى موضعه فالظاهر انه اذا فقد فى المعترك انه مقتول لأنه لو سلم لعاد الى موضعه وان كان بموضع بعيد ضرب له أجل سنة لأن الظاهر انه لو سلم لسمع خبره فى السنة وفرق بين حرب المسلمين وحرب العدو على رواية عيسى ان العدو قد يأسر فينقطع خبره مع حياته ولذلك من فقد فى بلاد الحرب لم يضرب له أجل المفقود ومن فقد فى بلاد المسلمين ضرب له أجل المفقود لأن الظاهر ان كل من كان فى بلاد المسلمين مطلق الدواعى متمكن من المكاتبة والمراسلة وتتصل أخباره من بلد مقامه الى بلد أهله بخلاف من كان فى بلاد الحرب والله أعلم ص ﴿ قال مالك وان تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل بها زوجها أولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الاول اليها قال مالك وذلك الامر عندنا ﴾ ش اختلف قول مالك فى زوجة المفقود تعتد ثم تتزوج فيقدم المفقود قبل أن يبنى بها الثانى فقال فى الموطأ لاسبيل للاول اليها واختاره المغيرة وروى عنه انه قال الأول أحق بها مالم يدخل الثانى رواه ابن القاسم عنه واختاره وقال محمد الاول أحق بها مالم يخل الثانى بها خلوة توجب العدة فلا شئ للاول ص ﴿ وان أدركها زوجها قبل أن تتزوج فهو أحق بها قال مالك وأدركت الناس ينكرون الذى قاله بعض الناس على عمر بن الخطاب انه قال يخير زوجها الاول اذا جاء فى صداقها أوفى امرأته ﴾ ش وهذا كما قال انه لاخلاف انه لا يفوت الاول قبل أن يعقد الثانى عليها وانما الخلاف فى فواتها بالعقد

(فصل) وقوله أدركت الناس ينكرون الذى قاله بعض الناس على عمر بن الخطاب انه قال يخير زوجها الأول اذا جاء فى صداقها أوفى امرأته يحتمل وجهين أحدهما انهم ينكرون هذا القول مع صحته عن عمر ولكنهم لا يرونه ولا يعملون به وذلك ان من بنى بامرأته ثم طرأ ما يوجب الفرقة فلا سبيل له الى المهر غير أن هذا لا يؤثر فيما ذكره شيوخنا من الاجماع لأن الاجماع حصل فى أن يضرب لها أجل وتعتد ثم يستبيح النكاح ولو لم يصح ذلك كله لم يخير الزوج الآن والوجه الثانى انهم ينكرون الرواية وهذا قد رواه عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن المسور أن عمر وعثمان قضيا فى المفقود ان امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا بعد ذلك ثم تتزوج فان جاء زوجها الأول خير بين امرأته وبين الصداق قال الزهرى يغرمه الزوج وقال معمر تغرمه المرأة وهذه الرواية على ما فيها من الارسال فلا يمتنع أن تنكر على رواتها فان معمرا قد روى بالعراق عن الزهرى أحاديث من حفظه وهم فى كثير منها وقد تنكر الرواية على الثقة اذا انفرد بها وخالف المشهور المحفوظ والله أعلم

(مسئلة) واذا دخل بها الثانى فى نكاح فاسد يفسخ بغير طلاق فالأول أحق بها وان كان يفسخ بطلاق كنكاح المرأة بغير اذن الولى ونكاح العبد بغير اذن سيده فلا سبيل للأول اليها و يجب أن

قال مالك وان تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل بها زوجها أولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول اليها * قال مالك وذلك الأمر عندنا وان أدركها زوجها قبل أن تتزوج فهو أحق بها * قال مالك وأدركت الناس ينكرون الذى قاله بعض الناس على عمر ابن الخطاب أنه قال يخير زوجها الاول اذا جاء فى صداقها أوفى امرأته

يعتبر فى ذلك مايفسخ بعد البناء دون مالا يفسخ والله أعلم (فرع) واذا فاتت على الأول بعقد الثانى عليها أو بنائه بها احتسب الأول فرقته تطليقة وذلك أن الفرقة فى حياة الزوج لاتكون الا لفساد فى العقد أوفساد يطرأ عليه أوطلاق ولم يوجد مايوجب الفسخ فكان طلاقا ص ﴿ قال مالك وبلغنى ان عمر بن الخطاب قال فى المرأة يطلقها زوجها وهوغائب عنها ثم يراجعها فلا تبلغها رجعته وقد بلغها طلاقه اياها فتزوجت انها ان دخل بها زوجها الآخر أولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول الذى كان طلقها اليها قال مالك وهذا أحب ماسمعت الىّ فى هذا وفى المفقود ﴾ ش وهذا مما اختلف فيه أيضا فقد قال محمد بهذا القول فى المفقود والمطلق زوجته ولم تعلم برجعته حتى تزوجت ان عقد الثانى عليها يفيتها قال ابن القاسم ثم ان مالكا وقف قبل موته بعام أونحوه فى امرأة المطلق فقال زوجها الأول أحق بها مالم يدخل بها الثانى وأما المنعى لها زوجها فانها ترجع للاول وان ولدت من الثانى أولادا والفرق بين المنعى لها زوجها و بين هذين ان المنعى لها زوجها لم يكن ذلك من قبل الزوج ولا حكم امام بصحة فعلها فلذلك لم تفت على زوجها وأما المفقود فان فرقتها بحكم امام واجتهاده والمطلق الذى كتم رجعته سبب ذلك من قبله والله أعلم (مسئلة) ولو كانت الزوجة أمة فلم تعلم بارجعة حتى وطئها سيدها فان ذلك يفيتها على زوجها لان وطء السيد بمنزلة وطء الزوج فى تفويتها على المفقود والذى خفيت رجعته رواه أشهب عن مالك

(فصل) وقوله رحمه الله وهذا أحسن ماسمعت فى هذا يقتضى انه قد سمع خلاف هذا ولعله أراد به ماروى ان أبا دلف طلق امرأته ثم خرج مسافرا وأشهد على رجعتها قبل انقضاء العدة ولاعلم لها بذلك حتى تزوجت فسأل عمر عن ذلك فقال ان دخل بها فهى امرأته والافهى امرأتك ويحتمل أن يكون مالك أشار الى هذا والله أعلم

﴿ ماجاء فى الاقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ﴾

أما الاقراء فالك وأهل الحجاز يقولون هى الاطهار وقال أبو اسحق الاقراء والقروء واحدها قرء مثل فرع وهو قول عائشة وابن عمر وهما من أهل اللغة وأنشدوا قول الأعشى

مورثة مجدا وفى الاصل رفعة * بما ضاع فيها من قروء نسائكا

والذى ضاع ههنا الاطهار قال بعض أهل اللغة والقرء معناه الجمع ولذلك ماقرأت الناقة سلاقط أى لم يضم رحمها جنينا قط وأنشدوا لعمرو بن كلثوم

تريك اذا دخلت على خلاء * وقد أمنت عيون الكاشحينا

ذراعى عيطل ادماء بكر * هجان اللون لم تقرأ جنينا

وهذا يدل على أن القرء الطهر لانه فيه يكون الجمع وأما وقت الحيضة فليس بوقت جمع وانما هو وقت اراقة ودفق ولذلك يقال قرأت الماء فى الحوض اذا جمعته فيه ولا يقال ذلك فى وقت الاراقة له والارسال والله أعلم ومذهب أهل الكوفة ان القرء الحيض يقال اقراء وقروء وقال الاصمعى القرء الحيض يقال أقرأت المرأة اذا حاضت وقاله الكسائى والفراء وقال الأخفش أقرأت المرأة اذا حاضت وأنشدوا

يارب ذى ضغن على فارض له * قروء كقروء الحائض

وهذا يحتمل أن يريد به الوقت وقال أبو اسحق هذا بالوقت أشبه وقال أبو عبيدة القرء يصلح للطهر

*قال مالك وبلغنى أن عمر ابن الخطاب قال فى المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنها ثم يراجعها فلا تبلغها رجعته وقد بلغها طلاقه اياها فتزوجت انه اذا دخل بها زوجها الاخر أولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الاول الذى كان طلقها اليها قال مالك وهذا أحب ماسمعت الى فى هذا وفى المفقود

﴿ ماجاء فى الاقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ﴾

والحيض و به قال أبو اسحق الزجاج واليه ذهب القاضي أبو اسحق غير انه قال وهو في الطهر أظهر ومع ذلك فانه اذا احتمل المعنيين وجدناه مستعملا في الشرع في الطهر قال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن معناه في هذا الوقت كما يقول الرجل وكتب لغرة الشهر يريد في هذا الوقت ولا خلاف انه انما يؤمر بالطلاق وقت الطهر فيجب أن يكون هو المعتبر به في العدة فانه قال تعالى فطلقوهن لعدتهن يعني وقتا تعتد به ثم قال تعالى وأحصوا العدة يريد ما تعتد به المرأة المطلقة وهو الطهر الذي تطلق فيه وقال النبي صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء وذلك يقتضي أن زمان الطهر هو الذي يسمى عدة وهو الذي يطلق فيه النساء ولا خلاف ان من طلق في حال الحيض لم يعتد بذلك الحيض ومن طلق في حال طهر فانها تعتد عندنا بذلك الطهر فكان ذلك أولى قال القاضي أبو اسحاق ولان الاقراء انما شرعت للعلم ببراءة الرحم أو لتغلب على الظن براءته فاذا حاضت حيضة كانت من العلامة على براءة الرحم فاذا حاضت الثانية والثالثة تأكد ما راد من براءة الرحم فحلت للازواج ولم تنتظر بقية الحيض لان آخر الحيض أضعف من أوله فلا معنى لمراقبته يدل على ذلك ان من وطئ أمته وأراد بيعها جاز له ذلك بدخولها في الحيضة ولم يكن عليه أن يمنع من ذلك حتى تطهر وقال أبو عمرو بن العلاء القرء الوقت وهو يصلح للطهر والحيض ويقال هذا قارئ الرياح أي وقت هبوبها وهذا القول يقرب من قول من قال انه يقع على الأمرين وقال المتأخرون من أصحابنا ان القرء هو الخروج من طهر الى حيض وقد حكى القاضي أبو اسحق عن أبي عبيدة ما يقرب من ذلك وقال هو خروج من شئ الى شئ فخرجت من طهر الى حيض أو من حيض الى طهر

(فصل) الطلاق الشرعي هو من فرقة الزوجة يقال طلقت المرأة وحكى طلقت والمرأة طالق وزعم بعض أهل اللغة ان الهاء سقطت من طالق لانه لاحظ التذكير فيه وأنكر ذلك غيره من أهل اللغة وقال ان مثل هذا في لغة العرب كثير مما يشترك فيه المؤنث والمذكر يقال بعير ضامر وناقة ضامر وشاغل وزعم سيبويه انه وقع على لفظ التذكير صفة للمؤنث وذلك بمعنى النسب نحو قولهم امرأة مذكار ورجل مذكار يريدون ذات ذكور وكذلك امرأة طالق يريدون ذات طلاق فاذا أجريته على الفعل قلت طالقة قال الأعشى

أياجارتي بيني فانك طالقه * كذاك أمور الناس غاد وطارقه

ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسكها بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء ﴾ ش قوله ان عمر طلق امرأته وهي حائض يحتمل أن يثبت ذلك باقرارهما أو ببينة تشهد بذلك من النساء فان أقرت المرأة انها حائض وأنكر ذلك الزوج قال ابن سحنون عن أبيه هي مصدقة ولا تكشف ولا ينظر اليها النساء ويجبر الزوج على الرجعة وجه ذلك ان هذا حكم من أحكام الحيض فكانت المرأة مصدقة فيه كانقضاء العدة وروى أصبغ عن ابن القاسم فيمن طلق فقالت طلقني في الحيض فقال بل طلقتك وأنت طاهر فالقول قوله ومعنى ذلك أن تقوله بعد ما طهرت وأما اذا قالته قبل أن تقر بالطهر فالقول قولها على ما تقدم قال وقد قيل ان القول قوله

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسكها بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء

(فصل) سؤال عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن طلاق ابنه عبد الله امرأته فى حال حيضها لما ظهر اليه من منع ذلك أو لما سمع من النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك من المنع ولم يسمع منه حكم ما يلزم من فعل ذلك ووقع منه وقد قال مالك وأصحابه لا يجوز لاحد أن يطلق امرأة فى دم حيض ولا دم نفاس لما ذكر فى آخر الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء وهذا يقتضى منع الطلاق فى غيرها (مسئلة) ولا يجوز له أن يصالح امرأته فى الحيض قاله ابن القاسم وأشهب وأما الطلاق الذى يكون بغلبة من السلطان فمن به جنون أو جذام أو عنة أو لعدم النفقة فقد قال مالك وابن القاسم وأشهب لا تطلق عليه فى دم ولا حيض ولا نفاس والأمة تعتق فى الحيض لا ينبغى أن تختار حتى تطهر فان فعلت مضى وأما المولى فروى أشهب لا تطلق عليه حال الحيض وروى ابن القاسم عن مالك تطلق عليه وجه الرواية الاولى ما احتج به مالك قال وكيف أطلق عليه وأجبره على الرجعة ووجه القول الثانى ان الطلاق حق للزوجة قد وجب عليه لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الى قوله وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم والارتجاع بعد ذلك حق لله تعالى فيجب أن يقضى بالحقين وقد تقدم فى كتاب الطلاق لزوم ما يوقع من الطلاق حين الحيض وبالله التوفيق (مسئلة) واذا رأت الحائض القصة البيضاء فلا يطلقها زوجها حتى تغتسل ووجه ذلك ان هذه حالة هى ممنوعة فيها من الصلاة ووطء الحائض لاجل الحيض فوجب أن يمنع الطلاق أصل ذلك ما دامت حائضا فاذا وضعت الحامل ولدا وبقى فى بطنها آخر فطلقها الزوج فقد قال الشيخ أبو عمران ان قلنا تطلق الحامل حال الحيض لم يجبر هنا على الرجعة وان قلنا بقول محمد فى المستحاضة تميز فتطلق حال الحيض يجبر على الرجعة فيجرى الأمر فى هذه على ثلاث (مسئلة) واذا انقطع الدم عن المرأة فطلقها زوجها ثم عاودها بالقرب أجبر الزوج على الرجعة قاله أبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن ووجه ذلك ما فيه من تطويل العدة اذ قد ظهر انه مطلق فى وقت يضاف ما بعده من الدم الى ما قبله فتعد ذلك كله حيضة واحدة كالذى طلق حال الحيض * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والأظهر عندى انه لا يجبر على الرجعة لانه أوقع الطلاق فى وقت يجوز ايقاعه فيه ويصح صومه ووطء الزوج فيه كما لو أوقعه حال طهر كامل وقد رأيت ذلك لبعض الصقليين والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان للزوج أن يطلق الصغيرة واليائسة أى وقت شاء ولا يوصف طلاقهما بانه للسنة ولا للبدعة لان حالها واحدة ليست لها حالان فيختص ايقاع الطلاق باحدهما وانما جميع تلك الحال وقت للعدة فكانت وقتا للطلاق (مسئلة) وأما غير المدخول بها ففى طلاقها حال الحيض روايتان احداهما ما روى ابن المواز عن ابن القاسم انه قال لا بأس بذلك ونهى عنه أشهب وجه قول ابن القاسم ما احتج به من انه طلاق لا يلحق به ضرر تطويل العدة كطلاق الطاهر ووجه قول أشهب انه طلاق حائض فتعلق به المنع كطلاق المدخول بها وقد قال الشيخ أبو عمران منع أشهب انما هو على الكراهية فاذا قلنا ان ذلك ممنوع فان طلاقها يتنوع الى السنة والبدعة من جهة الوقت على ما تقدم وان قلنا ان ذلك مباح فلا يوصف بشئ من ذلك فقد قال القاضى أبو محمد فى الحامل انه يتخرج طلاقها حال حيضها على ما تقدم ووجدت للقاضى أبى الحسن ان ذلك ممنوع وللشيخ أبى عمران ان ذلك مباح وتوجيه القول فيه على ما تقدم (مسئلة) فاما المستحاضة فعلى ضربين مستحاضة لا تميز ومستحاضة تميز فاما التى لا تميز فحكمها حكم الصغيرة واليائسة قال ابن شهاب تطلق المستحاضة اذا طهرت للصلاة قال فجعل ذلك طهرها * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والأظهر عندى

انه أراد التي تميز و يحتمل أن يريد المستحاضة التي تميز والتي لا تميز فيكون طهر التي تميز الاغتسال من الحيض ويكون طهر التي لا تميز الوضوء للصلاة لاسيما على قول من قال من أصحابنا ان دم الاستحاضة حدث فيه تأثير في منع الطلاق لانه من جنس الحيض الذي يمنعه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ظاهر هذا الأمر وجوبه على عمر رضي الله عنه الأمر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك له ويحتمل أن يكون قدمه للحكم بذلك على ابن عمر بالارتجاع ويقتضي أمر عمر لابنه عن أمر النبي صلى الله عليه وسلم ولزومه له وان كان أمر عمر بذلك بمعنى لتقدم ليحكم عليه فقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها الحكم عليه بذلك وذلك لازم لكل من طلق امرأته في حال حيضها أن يراجعها اذا كان له عليها رجعة فان لم يكن له عليها رجعة لان الطلاق بائن بخلع أو استيفاء عدد الطلاق أو طلق عليه من جنون أو جذام أو عنة أو اعسار بنفقة فأما العنين فلا رجعة له بوجه لانه طلاق قبل الدخول وأما غيره فلزوال موجب الطلاق مثل أن يفيق المجنون أو يوسر المعسر أو يخف الجذام الى حال لو كان عليها لم تطلق عليه فقد قال ابن المواز لكل واحد منهم الرجعة قال محمد ومن طلق منهم حائضا أجبر في الرجعة خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما يؤمر بها ولا يجبر ووجه ذلك ماتقدم من الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ومن جهة المعنى انه مضار بتطويل العدة فمنع من ذلك وأجبر على الرجعة (فرع) فان أمر بارجعة فامتنع منها ففي كتاب محمد بن المواز عن ابن القاسم وأشهب يهدد سواء ابتدأ الطلاق أو حنث فان أبى يسجنه الحاكم فان فعل والا ضرب بالسوط ويكون ذلك قريبا في موضع واحد فان تمادى ألزمه الحاكم الرجعة وكانت له رجعة ووجه ذلك أن امتناعه من الرجعة وبقاءه على حكم الطلاق معصية فلا بد أن يجترىء على الاقلاع عنها والخروج منها والالزام مايجب من ذلك (مسئلة) فان غفل عنه حتى طهرت فعل به أيضا قال ابن القاسم مالم يخرج من تلك العدة وقال أشهب مالم تطهر من تلك الحيضة ثم تطهر فلا تجبر وجه القول الاول ان هذه مدة من العدة فاجبر المطلق على ارتجاعها أصل ذلك الطهر الأول وزمن الحيض وقال ابن المواز قول ابن القاسم أحب الينا لانها رجعة وجبت ووجه قول أشهب مااحتج به انه لو ارتجع لجاز له أن يطلق الآن فلا يجبر الآن على الرجعة لانقضاء الوقت المنهي عن الطلاق فيه وفي هذا الطهر أباح النبي صلى الله عليه وسلم لابن عمر أن يطلق بعد أن يرتجع فلا معنى لجبره فيه على الارتجاع (فرع) فان أجبر على الرجعة ولم ينوها فقد قال بعض البغداديين من أصحابنا ليس له أن يستمتع بها فوق الازار منها حال حيضها ولو نوى الرجعة جاز له ذلك ورأيت للشيخ أبي عمران هي رجعة صحيحة وله الوطء كالمتزوج هازلا يلزمه النكاح وله الوطء (مسئلة) ولو لم يجبر في الحيض الأول على الارتجاع فلما طهرت طلقها ثانية قبل أن يراجع قال ابن القاسم يجبر على الرجعة ووجه ذلك ان الرجعة واجبة عليه بالطلاق الاول في الحيض فلا يسقط عنه ذلك بما زاد من الطلقة الثانية مابقيت له فيها رجعة (مسئلة) وان أجبر على الارتجاع فارتجع فلما طهرت طلقها ثانية قال ابن القاسم بئس ماصنع ولا أجبره على الرجعة وجه كراهية طلاقه ان النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع ثم يمسك حتى تطهر ثم تحيض وهذا عام في ايقاع الطلاق في الطهر الأول وانما لم يجبر على الارتجاع لانه ليس في هذا الطلاق تطويل للعدة فلم يتعلق به حق للزوجة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلق وان

شاء أمسك قال شيوخنا البغداديون معنى ذلك أن يمسكها في الطهر ليتمكن من الوطء ان شاء لان مقصود النكاح المبتدأ والرجعة الوطء فلذلك شرع له أن يمسكها في طهر يكون له فيه الوطء ان شاء لئلا يكون ارتجاعه لغير مقصود النكاح فيكون على معنى الاضرار قال الله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وقال تعالى و بعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا اصلاحا فشرط ارادة الاصلاح في الرجعة والله تعالى أعلم أن يكون على سنة النكاح ومقتضاه ومقصوده ولفظ الرجعة يدل على وقوع الطلاق ولو لم يقع الطلاق لقال مره فليمسكها هكذا روى الحديث نافع عن ابن عمر وهو أثبت الناس فيه وكذلك رواه سالم عن أبيه من رواية ابن شهاب عنه وابن شهاب أثبت من يروى عنه وتابعهم على ذلك جماعة ورواه يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم وغيرهم عن ابن عمر وقالوا فيه فليراجعها حتى تطهر ثم ان شاء طلق بعد وان شاء أمسك وكذلك رواه محمد بن عبد الرحمن مولى طلحة عن سالم عن ابن عمر وزاد فيه ثم ان شاء طلقها طاهرا قبل أن يمس أو حاملا وعلى كل حال فالزيادة من العدل مقبولة لاسيما مثل هذا وقد تابعه عليه جماعة سالم وعلقمة وعطاء الخراساني رووا الزيادة عن ابن عمر والنظر يعضد هذه الرواية وبه قال مالك والشافعي وذهب أبو حنيفة الى أنه يراجعها واذا طهرت كان له أن يطلقها والدليل على صحة ماذهب اليه مالك ماتقدم من الأثر والنظر والله أعلم

(فصل) وقوله ان شاء أمسكها وان شاء طلق قبل أن يمس يقتضي انه يوقع الطلاق في طهر لم يمس فيه لما في الطلاق في طهر قد مس فيه من الالباس في العدة لانها لاتدري أتعتد بالاقراء أو بالحمل والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء معناه والله أعلم أن يطلق زوجته في طهر لم يمس فيه ولا يعقب حيضا طلق فيه وذلك ان من تزوج امرأة جاز له أن يطلقها بعد ذلك في طهر لم يمس فيه والذي طلق في الحيض اذا ارتجع لو أبيح له الطلاق في الطهر الأول لاقتضى ذلك أن يطلق في طهر مس فيه أو يكون ارتجاعه بمضي نكاح لايتمكن فيه من الوطء وذلك محظور فلذلك منع من الطلاق في أول طهر ليسلم من ذلك (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يعتد عليه بالطلاق الذي يوقعه في الحيض رجعيا كان أو بائنا قال القاضي أبو الحسن والقاضي أبو محمد خلافا لمن لايعتد بخلافهم وهم هشام بن عبد الحكم وابن علية وداود والدليل على مانقوله قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان الى قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال ولم يفرق بين أن يكون الطلاق في حال حيض أو طهر ولا يخلو أن يريد بذلك تعالى ان الزوج يملك ايقاع هذا المقدار من الطلاق ولم يخص حالا دون حال فوجب أن يحمل على عمومه وهم يقولون انه لا يملك ايقاعه أو يريد به ان وقع هذا العدد من الطلاق لزمه فيجب أن يحمل أيضا على عمومه ودليلنا من جهة السنة أن عبد الله بن عمر قال طلقت امرأتي وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتغيظ رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال مره فليراجعها حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلق فيها فان بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهرا من حيضتها قبل أن يمسها قال والطلاق للعدة كما أمر الله عز وجل قال وكان عبد الله بن عمر طلقها تطليقة فحسبت من طلاقها فراجعها عبد الله بن عمر كما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال القاضي أبو محمد ففي الحديث أدلة أحدها أنه قال صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها قال وهذا لايستعمل غالبا في النكاح الا بالطلاق الذي يعتد به ووجه آخر وهو انه قال فحسبت من طلاقها والذي كان يحتسب به في

ذلك الزمان انما كان النبي صلى الله عليه وسلم وقد شوور في المسئلة وأفتى فيها بما امتثل فحال أن يعتد بها عبد الله طلقة من غير أمره صلى الله عليه وسلم ودليلنا من جهة القياس انه ازالة ملك مبني على التغليب والسراية فوجب أن ينفذ في حال الطهر والحيض كالعتق * واستدلال في المسئلة وهو أن ايقاع الطلاق والزامه تغليظ ومنعه تخفيف بدليل انه لا يلزم المجنون والصبي والنائم والمغمى عليه لانهم غير عصاة ويلزم السكران لانه عاص فاذا ثبت انه يلزم من أوقعه على الوجه المأمور به فبأن يلزم من أوقعه على الوجه الممنوع أولى وأحرى ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها انتقلت حفصة بنت أبي بكر بن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة قال ابن شهاب فذكرت ذلك لعمرة بنت عبد الرحمن فقالت صدق عروة وقد جادلها في ذلك ناس وقالوا ان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ثلاثة قروء فقالت عائشة صدقتم تدرون ما الاقراء انما الاقراء الاطهار فالذي عن ابن شهاب انه قال سمعت أبا بكر بن عبد الرحمن يقول ما أدركت أحدا من فقهائنا الا وهو يقول هذا يريد قول عائشة رضي الله عنها ﴾ ش قوله ان عائشة رضي الله عنها انتقلت حفصة حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة يقتضي انها تعتقد انقضاء عدتها واستيفاء ما كان لزمها من المقام بسببها وهذا مبني على ما قاله شيوخنا من أن الاقراء هي الاطهار لانه لا خلاف ان المطلقة المدخول بها مع السلامة تعتد ثلاثة قروء لقول الله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء فذهب عائشة وأكثر علماء المدينة ان الاقراء هي الاطهار وبه قال مالك والشافعي وقد احتج مالك لذلك بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن فانما تطلق في طهر تعتد به ويحتج لذلك بحديث ابن عمر إذ أمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يطلق للطهر ثم قال صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء غير أن آخر الطهر يجزئ عن جميعه وتحقيق ذلك ان القرء الخروج من الطهر الى الحيض فاذا رأت الدم من الحيضة الثالثة فقد كملت لها ثلاثة اقراء وانقضت عدتها وكان لها أن تنتقل من موضع اعتدادها وقاله أشهب

(فصل) وقول عمرة وقد جادلها في ذلك أناس يقتضي ان المجادلة مباحة عند الصحابة بل هي مأمور بها اذا كانت على وجهها من القصد الى الحق وطلب حقيقة الحكم فان عائشة رضي الله عنها قد أتت ذلك مع جماعة من الناس وشاع ذلك واشتهر ولم ينكر ذلك أحد عليها فثبت انه اجماع

(فصل) وقولهم ان الله يقول في كتابه والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء على معنى المنع لها من انتقال المعتدة بأول الحيضة الثالثة فجاوبتهم عائشة بأن التعلق بالآية صحيح غير أن تأويلها على غير ما ظننتم وذلك انكم تظنون ان الاقراء هي الحيض وانما الاقراء الاطهار وقد قال بعض أصحابنا ان اسم القرء يقع على الطهر والحيض الا أنه في الطهر أظهر فعلى هذا يجب حمله على الطهر من وجهين أحدهما أنه فيه أظهر فوجب أن يحمل على ظاهره ولا يعدل عنه الا بدليل والوجه الثاني ان الحكم الثاني اذا علق في الشرع على اسم يتناول معنيين تعلق بأولهما وجودا فاذا كان الطلاق في زمن الطهر فأول الاقراء الاطهار فيجب أن يتعلق الحكم بها

(فصل) وقول عائشة لمن جادلها في ذلك أتدرون ما الاقراء وانما الاقراء الاطهار ان كانت قالت ذلك لمن ليس من أهل اللغة فواضح لانها أعلمتهم بمقتضاه في اللغة وان كانت قالت ذلك لمن هو من أهل اللسان والعلم باللغة في العربية فيحتمل أن تكون الاقراء واقعة في الطهر على الحيض فأعلمتهم

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة قال ابن شهاب فذكر ذلك لعمرة بنت عبد الرحمن فقالت صدق عروة وقد جادلها في ذلك ناس وقالوا ان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ثلاثة قروء فقالت عائشة صدقتم تدرون ما الاقراء انما الاقراء الاطهار * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب انه قال سمعت أبا بكر بن عبد الرحمن يقول ما أدركت أحدا من فقهائنا الا وهو يقول هذا يريد قول عائشة

وحدثني عن مالك عن نافع وزيد بن أسلم عن سليمان بن يسار أن الاحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم من الحيضة الثالثة وقد كان طلقها فكتب معاوية ابن أبي سفيان الى زيد ابن ثابت يسأله عن ذلك فكتب اليه زيد بن ثابت انها اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها ولا ترثه ولا يرثها * وحدثني عن مالك انه بلغه عن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبي بكر بن عبد الرحمن وسليمان ابن يسار وابن شهاب انهم كانوا يقولون اذا دخلت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت من زوجها ولا ميراث بينهما ولا رجعة له عليها * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر انه كان يقول اذا طلق الرجل امرأته فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها قال مالك وهو الأمر عندنا * وحدثني عن مالك عن الفضيل بن أبي عبد الله مولى المهدي أن القاسم بن محمد وسالم ابن عبد الله كانا يقولان اذا طلقت المرأة فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت منه وحلت * وحدثني عن مالك انه بلغه عن سعيد بن المسيب وابن شهاب وسليمان بن يسار انهم كانوا يقولون ان عدة المختلعة ثلاثة قروء * وحدثني عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول عدة المطلقة الاقراء وان تباعدت

ان المراد به في الشرع الطهر ويحتمل أن يكون بعض العرب يريد به الطهر وبعضهم يريد به الحيض فأعلمتهم انه في لغة قريش الطهر وان حمله على مقتضاه في لغة قريش أولى لان القرآن نزل بلغتهم والله أعلم

(فصل) وقول أبي بكر بن عبد الرحمن ما أدركت أحدا من فقهائنا الا وهو يقول هذا يريد انه لم يدرك أحدا من فقهاء المدينة الا وهو يقول ان الاقراء هي الاطهار وهو قول أهل المدينة وعائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس وهم من أهل اللغة فيرجع الى قولهم وقد روى عن عمر وعلي بن أبي طالب وأبي موسى وعبد الله ان القرء الحيض وقد حكى القاضي أبو اسحق عن أبي بكر الأثرم ان أحمد بن حنبل كان يذهب الى ذلك ثم رجع عنه وقال رأيت حديث عمر وعبد الله يختلف في اسناده الأعمش ومنصور الحاكم وحديث ابن المسيب عن علي ليس هو عندي سماعا وهو مرسل أرسله سعيد عن علي وحديث الحسن عن أبي موسى منقطع لان الحسن لم يجتمع معه والأحاديث عمن قال الاقراء هي الاطهار قوية صحيحة فرجع أحمد الى هذا ص * مالك عن نافع وزيد بن أسلم عن سليمان بن يسار ان الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم من الحيضة الثالثة وقد كان طلقها فكتب معاوية بن أبي سفيان الى زيد بن ثابت يسئله عن ذلك فكتب اليه زيد بن ثابت انها اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها ولا ترثه ولا يرثها * مالك انه بلغه ان القاسم ابن محمد وسالم بن عبد الله وأبا بكر بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وابن شهاب كانوا يقولون اذا دخلت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت من زوجها ولا ميراث بينهما ولا رجعة له عليها * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول اذا طلق الرجل امرأته فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها قال مالك وهو الأمر عندنا * مالك عن الفضيل بن أبي عبد الله مولى المهدي أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا يقولان اذا طلقت المرأة فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت منه وحلت * ش وقوله ان الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم من الحيضة الثالثة وكان طلقها يقتضي على مذهب مالك انه طلقها في حال صحته ولو طلقها في المرض الذي توفي منه لورثته على ما تقدم

(فصل) وقوله فكتب معاوية بن أبي سفيان في ذلك الى زيد بن ثابت على ما جرت به عادة الأمراء أو الحكام من مشاورة أهل العلم واستدعاء فتاوى أهل المدينة فيما أشكل من المسائل بالآفاق

(فصل) وقول زيد بن ثابت رضي الله عنه اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها يريد انه انقضى ما كان بينهما من أحكام العدة من الارتجاع والنفقة والسكنى والتوارث والمنع من تزوج غيره ص * مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب وابن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون ان عدة المختلعة ثلاثة قروء * مالك انه سمع ابن شهاب يقول عدة المطلقة الاقراء وان تباعدت * ش قولهم ان عدة المطلقة ثلاثة قروء يريدون التي تعتد بالاقراء ولا خلاف في ذلك لنص القرآن وهو قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولفظ يتربصن وان كان لفظه لفظ الخبر فان المراد به الأمر فان خبر الباري تعالى لا يكون بخلاف مخبره ونحن نرى من المطلقات من لا تتربص ثلاثة قروء فدل ذلك على أنه على الأمر

(فصل) وقول ابن شهاب عدة المطلقة ثلاثة قروء وان تباعدت يريد ان بعد ما بين القرأين لا يمنع

الاعتبار بها مالم يؤد تأخير القرء الى حال الريبة وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد عن رجل من الأنصار أن امرأته سألته الطلاق فقال اذا حضت فآذنيني فلما حاضت آذنته فقال اذا طهرت فآذنيني فلما طهرت آذنته فطلقها * قال مالك وهذا أحسن ماسمعت في ذلك ﴾ ش قول الأنصاري لامرأته اذ سألته الطلاق اذا حضت فآذنيني يحتمل أن يكون في طهر قد مسها فيه وايقاع الطلاق فيه ممنوع فأمرها أن تؤذنه بحيضها ليسلم طلاقه من ذلك فلما حاضت قال لها اذا طهرت فآذنيني لان ايقاع الطلاق حال الحيض ممنوع كما تقدم فلما طهرت أوقع الطلاق في طهر لم يمسها فيه ولا تعقب حيضا طلقها فيه وهو الزمان الذي شرع ايقاع الطلاق فيه والله أعلم

﴿ ماجاء في عدة المرأة في بيتها اذا طلقت فيه ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد عن القاسم بن محمد وسليمان بن يسار أنه سمعهما يذكران أن يحيي بن سعيد بن العاصي طلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة فانتقلها عبد الرحمن بن الحكم فأرسلت عائشة أم المؤمنين الى مروان بن الحكم وهو يومئذ أمير المدينة فقالت اتق الله واردد المرأة الى بيتها فقال مروان في حديث سليمان ان عبد الرحمن غلبني وقال مروان في حديث القاسم أوما بلغك شأن فاطمة بنت قيس فقالت عائشة لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة فقال مروان ان كان بك الشر فحسبك مابين هذين من الشر * مالك عن نافع أن بنت سعيد بن عمرو بن نفيل كانت تحت عبد الله بن عمرو بن عثمان فطلقها البتة فانتقلت فأنكر ذلك عليها عبد الله بن عمر ﴾ ش قوله ان يحيي بن سعيد طلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة يحتمل أن يكون طلقها آخر ثلاث تطليقات فان تلك الطلقة توصف بها البتة لان حكمها في ذلك حكم الثلاث وانتقال عبد الرحمن ابنته يريد من موضع عدتها وهو موضع سكناها مع زوجها وذلك ان السكنى وان كانت حقا من حقوق الزوجية فان المقصود منه حفظ النسب ولحق الله به تعلق فيغلظ لذلك فليس للزوجة اسقاطه وقد قال مالك للمبتوتة السكنى على زوجها في العدة و يحبس و يباع عليه فيه ماله ومعنى ذلك ان هذا حق على الزوج وان كان له مال يؤخذ به كما يؤخذ بسائر الحقوق اللازمة (مسئلة) فان لم يكن له مال فقد قال مالك ان استيقن انه لاشئ له فذلك عليها ومعنى ذلك والله أعلم انه يسقط عنه حق السكنى والنفقة لانه انما يجب ذلك عليه بشرط اليسار والغنى و يسقط مع العدم فيكون عليها أن تسكن نفسها كما يكون عليها أن تنفق على نفسها وهذا في المدخول بها التي يوطأ مثلها وان كانت غير مدخول بها لم يكن لها سكنى في وفاة ولا طلاق صغيرة كانت أو كبيرة قاله مالك في الموازية (مسئلة) وان كانت أمة فقد قال ابن المواز لم يختلف أصحابنا ان لها السكنى في الفراق كان الزوج حرا أو عبدا اذا بوئت بيتا قال مالك وتعتد الأمة حيث كانت ان كان الزوج يأتيها عند أهلها اعتدت عندهم وان كانت عندهم بالنهار وتبيت عند زوجها بالليل اعتدت في منزله قال أشهب ان كان ينفق عليها فعليه السكنى والا فلا ووجه قول مالك ان سكنى العدة معتبرة بالسكنى حال الزوجية و يتعين في موضعه فاذا لم يكن لها عليه سكنى في حال الزوجية وقت كمال النكاح فبان لا يجب لها حال الفراق وهو وقت اسلام النكاح أولى وأحرى ووجه قول أشهب ان السكنى حكم يجب بالزوجية كالنفقة فاذا اقتضت الزوجية ثبوت احداهما اقتضت الأخرى واذا لم تقتضه لم تقتض الاخرى والله أعلم (مسئلة) وأما

فلما حاضت آذنته فقال اذا طهرت فآذنيني فلما طهرت آذنته فطلقها * قال مالك وهذا أحسن ماسمعت في ذلك

﴿ ماجاء في عدة المرأة في بيتها اذا طلقت فيه ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن يحيي بن سعيد عن القاسم بن محمد وسليمان بن يسار انه سمعهما يذكران أن يحيي بن سعيد بن العاصي طلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة فانتقلها عبد الرحمن بن الحكم فأرسلت عائشة أم المؤمنين الى مروان بن الحكم وهو يومئذ أمير المدينة فقالت اتق الله واردد المرأة الى بيتها فقال مروان في حديث سليمان ان عبد الرحمن غلبني وقال مروان في حديث القاسم أوما بلغه شأن فاطمة بنت قيس فقالت عائشة لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة فقال مروان ان كان بك الشر فحسبك مابين هذين من الشر * وحدثني عن مالك عن نافع أن بنت سعيد بن زيد ابن عمرو بن نفيل كانت تحت عبد الله بن عمرو بن عثمان فطلقها البتة فانتقلت فانكر ذلك عليها عبد الله ابن عمر

الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فلا سكنى لها في الطلاق وان كان قد بنى بها زوجها قاله مالك لانه لا عدة عليها ويدلك على ذلك انه ليس لذلك البناء حكم البناء في عدة ولا كمال صداق ولا وجوب سكنى ولا نفقة والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت أن للمعتدة السكنى فلا تبيت في غير بيتها ولها أن تخرج نهارا خلافا لابي حنيفة والدليل على ما نقوله ان الذي تضمنه النص الاسكان قال الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم والخروج بالنهار لا ينافي السكنى فلم تمنع من ذلك ولان في منعها من التصرف اضرارا بها فليس كل النساء لها من يتصرف لها

(فصل) وقوله فنقلها عبد الرحمن بن الحكم يريد قبل انقضاء عدتها فأرسلت عائشة الى مروان بن الحكم اتق الله وردّ المرأة الى بيتها انكارا منها لانتقالها من بيتها قبل انقضاء عدتها لان ذلك عند عائشة واجب عليها تجبر عليه ان أبته وهذا معنى قولها ارددالمرأة الى بيتها وهو أمير المدينة يومئذ ولو كانت الزوجة لا تجبر على المقام في بيت سكناها مدة العدة لما خاطبت بذلك من اليه حكم المدينة وانما كانت تخاطب به المرأة في خاصتها وتعلمها ان ذلك أفضل لها وذلك ان انتقالها لا يخلو أن يكون بعذر أو بغير عذر فقد قال ابن القاسم في المدونة اذا خافت الزوجة المعتدة من وفاة زوجها سقوط البيت أو كانت بقرية ليس فيها مسلمون وتخاف على نفسها اللصوص وما أشبه ذلك مما لا يؤمن عليها في نفسها فلها أن تتحول وأما غير ذلك فلا تتحول ولو كانت في مصر من الامصار فخافت جار سوء فقد قال ابن القاسم ترفع أمرها الى السلطان لان مالكا قال لا تنتقل الا لامر لا تستطيع القرار عليه والمدينة بخلاف القرية ومعنى ذلك ان المدينة فيها من ترفع أمرها اليه ويكفيها من تتقيه من الجار السوء وغيره والقرية في الغالب ليس فيها سلطان ولا يمنع المتعدي من التعدي فاذا خافت على نفسها انتقلت عنها

(فصل) وقول عائشة رضي الله عنها لما اعترض مروان بحديث فاطمة بنت قيس وانتقالها الى منزل ابن أم مكتوم لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة تريد أن حكم فاطمة غير حكم هذه لما اعتقدت أن فاطمة بنت قيس انما انتقلت لان منزلها كان غير مأمون واعتقد مروان انه انما جاز خروجها لما كان بينها وبين زوجها وذويه من الشر على ما روي عن سعيد بن المسيب ان فاطمة كانت لسنة فلذلك قال ان كان بك الشر فحسبك ما بين هذين ان أبلغ ذلك في قصة فاطمة بنت قيس هذين منه ما فيه كفاية وقد أنكر عبد الله بن عمر على بنت سعيد بن زيد انتقالها حين طلقها عبد الله بن عمر ويقتضي ذلك ان انتقالها كان لغير عذر والله أعلم (مسئلة) فاذا انتقلت لغير عذر فأراد الزوج أن ينقلها الى موضع وأرادت هي غيره ففي المدونة ان لم يكن على الزوج في ذلك ضرر من كثرة كراء ولا سكنى فالقول قولها ووجه ذلك انها التي تختص بالسكنى فاذا لم يكن على الزوج فيما تختاره ضرر لم يكن له صرفها عنه لان ذلك من وجه الاضرار بها ومقتضى ذلك أن عقد الكراء للزوجة وانما على الزوج أداء الكراء كسائر النفقات (مسئلة) وحكم المنزل الذي تنتقل اليه حكم الذي انتقلت منه من ملازمتها حتى تنقضي عدتها فيه لانه بدل من الدار التي انتقلت عنها فكان حكمه حكمها (مسئلة) وليس للمرأة أن تنتقل من موضع عدتها بغير عذر فان انتقلت أجبرها السلطان على الرجوع لانه حق من حقوق الزوج والولد المرتقب وقد تغلظ لحق الله تعالى فليس لاحد اسقاطه ص *(مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر طلق امرأة له في مسكن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم وكان طريقه الى المسجد فكان يسلك الطريق الأخرى من ادبار البيوت كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها)* ش قوله طلق امرأته في مسكن حفصة يريد انه كان مسكنها في دار حفصة أو في دار

* وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر طلق امرأة له في مسكن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم وكان طريقه الى المسجد فكان يسلك الطريق الاخرى من أدبار البيوت كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها

فيه سكنى حفصة وكان ذلك المسكن طريق عبد الله بن عمر الى المسجد اما لان سكان تلك الدار وأربابها أباحوا له ذلك لان ذلك أرفق به أولانه كان له فيها الممر باستحقاق رقبة الممر أو استحقاق منفعته بين يدى تلك البيوت التى كانت تسكن فى بعضها هذه المطلقة فلما طلق عبد الله بن عمر هذه الزوجة واستحقت الاعتداد فى ذلك المسكن ترك أن يمر بين يدى تلك البيوت وسلك الطريق الأخرى من أدبار البيوت وهذا يقتضى انه كان هناك طريقان احداهما بين يدى تلك البيوت والثانية من أدبارها فكان يأخذ على طريق أدبار البيوت لئلا يكشف على هذه المرأة المطلقة أو يتكلف الاستئذان عليها لانه كان لايستبيح النظر اليها لكونها مطلقة وان كانت رجعية وقد اختلف قول مالك فى دخول المطلق على الزوجة الرجعية ففى المدوّنة قال مالك أولا فى المطلقة الرجعية لابأس أن يدخل عليها مطلقها ويأكل معها اذا كان معهما من يتحفظ بها وقد زاد على هذا أبو حنيفة لابأس أن تتزين له وان تتطيب ثم قال مالك لايدخل عليها ولا يرى شعرها ولا يأكل معها حتى يراجعها وهذا الذى رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية انه لايدخل عليها باذن ولا بغير اذن وبه قال الشافعى والاوزاعى وجه القول الأول انها لم تحرم عليه وكان يجب على هذا الاصل أن يكون الاستمتاع بها رجعة وان لم ينو ذلك والاوقع النظر اليها والالتذاذ بها ممنوعا محظورا ووجه القول الثانى انها قد حرم عليه الاستمتاع بها والتلذذ بشئ منها فلا يجوز له النظر اليها لان الطلاق قد أفاد تحريم ذلك والالم يكن له تأثير كالبائن وانما له فيها الرجعة وازالة التحريم بالرد الى الزوجية (فرع) فاذا قلنا برواية المنع فليس للمطلق أن يتلذذ بشئ منها وان كان يريد الارتجاع قاله ابن القاسم ووجه ذلك انه على المنع فلا يجوز له شئ من ذلك الابشرط تقديم الرجعة ولذلك لما لم تجز الصلاة الابطهارة لم يجز لمن يريد الصلاة أن يصلى حتى يتطهر (مسئلة) ولايساكنها وان كان معها انتقل عنها ولا يكون معها فى موضع يغلق عليه وعليها سواء كانت رجعية أو بائنة قاله مالك ووجه ذلك ان الاستمتاع بها محرم فلم يجز أن يساكنها كالاجنبية ص ﴿مالك عن يحيى بن سعيد أن سعيد بن المسيب سئل عن المرأة يطلقها زوجها وهى فى بيت بكراء على من الكراء فقال سعيد بن المسيب على زوجها قال فان لم يكن عند زوجها قال فعليها قال فان لم يكن عندها قال فعلى الامير﴾ ش سؤاله عن المرأة المطلقة فى بيت بكراء يريد التى قد دخل بها زوجها وكان الطلاق رجعيا فقال سعيد الكراء على الزوج يريد كراء العدة وأما كراء السكنى فى مدة الزوجية فلا يسئل عن مثله لاتفاق الجميع على ان السكنى مدة الزوجية على الزوج وأما فى مدة العدة فان كان الطلاق رجعيا أو بائنا فالكراء على الزوج ولا خلاف بين الفقهاء فى الطلاق الرجعى وان اختلفوا فى البائن والدليل على مانقوله قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم والأمر يقتضى الوجوب وانما خوطب بذلك من طلق وكان الانفاق والسكنى لازمين للزوج قبل الطلاق فلما أمر بالسكنى بعد الطلاق علم ان حكمه بعد الطلاق غير حكم الانفاق لان للزوجة اسقاط النفقة قبل الطلاق وبعده وليس لها اسقاط السكنى ولا نقله عن محله وقد روى عن عمر وعبد الله بن مسعود ان المبتوتة لها النفقة مع السكنى روى ذلك عن ابراهيم عن الأسود عن عمر رضى الله عنه قال المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة ولا نجيز قول امرأة فى دين المسلمين وهذا قد روى عن ابراهيم انه قال المطلق ثلاثا لايجبر على النفقة فلعل الذى روى عن عمر انما أراد به الحامل ولذلك قال لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لاندرى أصدقت أم نسيت والذى فى كتاب الله تعالى للمطلقة انما هو السكنى وأما النفقة فتختص بالحامل قال الله تعالى وان كن أولات

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أن سعيد ابن المسيب سئل عن المرأة يطلقها زوجها وهى فى بيت بكراء على من الكراء فقال سعيد بن المسيب على زوجها قال فان لم يكن عند زوجها قال فعليها قال فان لم يكن عندها قال فعلى الأمير

حمل فأنفقوا عليهنّ حتى يضعن حملهنّ (مسئلة) وقد ذهبت طائفة الى أنها ليس لها سكنى ولا نفقة ومذهب مالك رحمه الله وجمهور فقهاء الأمصار ان لها السكنى دون النفقة والدليل على ذلك الآية المتقدمة اسكنوهنّ من حيث سكنتم من وجدكم وماروى من حديث فاطمة بنت قيس فانما وقعت المنازعة بينها وبين من أوصل اليها النفقة عن زوجها فى النفقة خاصة لانها أسخطت ما أنفذ اليها فقال لها صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وكانت بائنا وأمرها أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم وهذا يقتضى ان السكنى تلزمها بسبب العدة ولو كان لحاجة وضرورة لم يخص ذلك بالعدة لان تخصيصه هذه السكنى بالعدة يقتضى الانتقال عنه بعد العدة فثبت أنه سكنى تجب عليها ولها بالعدة

(فصل) اذا ثبت ذلك فقوله فان لم يكن لزوجها مال فعليها يريد والله أعلم عليها كراء بقية مدة العدة ولا يكون لها أن تنتقل ان كان عندها ما تدفعه فى كراء المسكن بين ذلك انه قال فان لم يكن عنده افعلى الأمير ولو لم يرد ذلك لقال فان لم يكن عند الزوج ذهبت حيث شاءت والله أعلم

﴿ ماجاء فى نفقة المطلقة ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبى سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن فاطمة بنت قيس ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب بالشام فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شئ فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابى اعتدى عند عبد الله بن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده فاذا حللت فآذنينى قالت فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبى سفيان وأبا جهم بن هشام خطبانى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحى أسامة بن زيد قالت فكرهته ثم قال أنكحى أسامة بن زيد فنكحته فجعل الله فى ذلك خيرا واغتبطت به ﴾ ش قوله ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة تريد آخر طلقة كانت بقيت له فيها وقد بين ذلك فى رواية الزهرى عن عبيد الله بن عبد الله ان أبا عمرو بن حفص أرسل امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها وقولها وهو غائب بالشام تريد غائبا عنها فأنفذ اليها طلاقها ثم ان وكيله أرسل اليها بشعير عن نفقتها فسخطته ولم ترض ذلك لما اعتقدت ان لها عليه النفقة فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها ليس لك نفقة وهذا بين فى أن المطلقة المبتوتة غير الحائل لا نفقة لها خلافا لابى حنيفة والثورى فى قولهما لكل مطلقة النفقة فى العدة وان كانت مبتوتة حاملا والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس ليس لك نفقة ومن جهة المعنى انها بائن بالطلاق فلم تجب النفقة كغير المدخول بها (مسئلة) وان كانت حاملا فلها النفقة قال الله تعالى وان كنّ أولات حمل فأنفقوا عليهنّ حتى يضعن حملهنّ وهذه رواية أبى سلمة بن عبد الرحمن وهى أصح من رواية أهل الكوفة الشعبى وغيره عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا نفقة لك ولا سكنى وانما هو تأويل ممن روى ذلك أو روى عنه على المعنى دون لفظ الحديث لما أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد فى بيت أم شريك أو عبد الله بن أم مكتوم وأبو سلمة بن عبد الرحمن نقل كل واحد من الحكمين على وجهين والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فى أم شريك تلك امرأة يغشاها أصحابى اعتدى عند ابن أم مكتوم

﴿ماجاء فى نفقة المطلقة﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن أبى سلمة بن عبد الرحمن ابن عوف عن فاطمة بنت قيس ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب بالشام فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شئ فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابى اعتدى عند عبد الله بن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده فاذا حللت فآذنينى قالت. فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبى سفيان وأبا جهم بن هشام خطبانى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحى اسامة بن زيد قالت فكرهته ثم قال انكحى اسامة بن زيد فنكحته فجعل الله فى ذلك خيرا واغتبطت به

يقتضي اختصاص هذه السكنى بمدة العدة وانها أمر لازم لها و بدل من الاعتداد في بيت زوجها وقد روى أن ذلك كان لبذاء في لسانها وقد قال سعيد بن المسيب لما سأله ميمون بن مهران عن المطلقة ثلاثا أين تعتد فقال في بيت زوجها فقال له ميمون فأين حديث فاطمة بنت قيس فقال له سعيد تلك امرأة فتنت الناس انها كانت لسنة قال القاضي أبو اسحق ان البذاء والشر العظيم بين المرأة وزوجها مما يقتضي اخراجها من مسكنه الى غيره وتعلق في ذلك بقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وهذا يقتضي أن من هذه الفاحشة المبيحة للخروج ما ليست بمبينة وليس كذلك الزنى في قول من قال ان الفاحشة الزنى لان أمر الزنى واحد اذا غابت الحشفة وجب الرجم والى هذا ذهب ابن عباس وقال الزنى الفاحشة كما يقولون أخرجت فرجت وانما الفاحشة النشوز وسوء الخلق والله أعلم وقال القاضي أبو محمد اذا كثر مثل هذا من النشوز بينهما والأذى ولم يطمع في اصلاحه انتقلت المرأة الى مسكن غيره وقد روى ابن أبي الزناد عن عائشة رضي الله عنها في قصة فاطمة بنت أبي قيس انها كانت في مكان وحش نخيف على ناحيتها فلذلك ترخص لها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال القاضي أبو اسحق وهذا الذي رواه ابن أبي ذئب مما يبيح للمرأة اذا وقع أن تنتقل من ذلك الموضع الى غيره كما قيل في البدوية المعتدة انها تستوي مع أهلها حيث استووا وفي الجملة فان هذه الأقوال كلها تدل على أنه لا يباح لها الانتقال الا لعذر وان اختلفوا في تعيين العذر والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله رجل أعمى تضعين ثيابك عنده يقتضي انه يشق على المرأة القعود على حالة يباح للناس النظر اليها معها وانه لا يجوز لها الخروج عنها مع نظر الناس اليها والمكفوف الأعمى لا ينظر اليها فلا حرج في ترك ستر شعرها وغير ذلك مما لا يباح للرجل أن ينظر اليه من غير ذي محرمه و يقتضي ذلك انه ليس على النساء حرج في النظر الى الرجل على غالب أحواله التي يكون عليها جالسا ومتصرفا بين الناس لأنه انما راعى صلى الله عليه وسلم ازالة الحرج عنها في التستر لكونه أعمى وكانت هي بصيرة ولم ينكر نظرها اليه وقد روى نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة كنت أنا وميمونة جالستين عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذن عليه ابن أم مكتوم الاعمى فقال احتجبا منه فقلنا يا رسول الله أليس بأعمى لا يبصرنا فقال أفعميا وان أنتما غير ان نبهان مولى أم سلمة غير معروف ولم يرو عنه غير هذا الحديث وحديث آخر وحديث فاطمة صحيح وروى عنه حديث آخر منكر أيضا وروى عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم في المكاتب اذا كان عنده ما يؤديه في كتابته احتجبت منه سيدته وعلى انه قد قال أبو داود السجستاني حديث نبهان خاص لأزواج النبي صلى الله عليه وسلم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت قيس اعتدي عند ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده والأظهر عندي أن الحديث غير ثابت ويحتمل أن يكون ذلك للضرورة مع كونه ممنوعا مع عدمها ويحتمل أن يكون ذلك لأن الرجل له عورة مخصوصة فاذا سترها لم يحرم النظر اليه وجميع المرأة عورة الا وجهها وكفيها فاذا كشفت بعض ذلك ولم يكن ثم من ينظر اليها جاز لها ذلك ولم يجز في موضع يكون فيه من ينظر اليها لأنه ناظر الى عورة منها والوجه والكفان وان قلنا ليسا بعورة منها فانه لا يجوز لأجنبي النظر اليهما الا على وجه مخصوص فحكم المنع متعلق بها والاباحة مختصة بها في حكم الأجنبي فذلك منها كجميع جسد الرجل خلا ما يوصف بالعورة منه على وجه التغليظ والتخفيف فيجوز للمرأة أن تنظر اليه على وجه ما وأما قوله تعالى قل للمؤمنات يغضضن من

أبصارهن ويحفظن فروجهن فيحتمل أن يريد به غض أبصارهن عن العورات ويحتمل أن يريد به غض أبصارهن عن النظر على وجه مخصوص من الالتذاذ بالنظر الى الأجنبي والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فاذا حللت فآذنيني يريد اذا انقضت عدتك فأعلميني قال ابن وضاح فيه التعريض بالخطبة في العدة فلما انقضت عدتها أعلمته ان معاوية بن أبي سفيان وأباجهم ابن هشام خطباها وهو أبو جهم بن حذيفة بن غانم العدوى وأبو جهم بن هشام انفرد به يحيى بن يحيى وهو وهم والله أعلم ويحتمل أن يكون ذلك عند انقضاء عدتها وقوله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه يحتمل أن يريد أن فيه شدة على النساء وكثرة تأديب وهذا اللفظ وان كان لا بد أن يضع عصاه عن عاتقه وقت نومه وأكله فصحيح على مقاصد العرب في كلامها لأنه لم يرد بذلك الا المبالغة في وصفه بما هو عليه من ذلك

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وأما معاوية فصعلوك لا مال له وراعى في ذلك حاجة النساء الى المال يكون عند الزوج لما لهن عليه من النفقة والكسوة وغير ذلك ويحتمل أن تكون أوردت ذلك على سبيل المشورة وتفويض الاختيار اليه فنصحها وذكر لها ما علم من حال كل واحد منهما مما تحتاج هي الى معرفته لتعلق ذلك بمنافعها ومضارها وفعل ذلك النبي صلى الله عليه وسلم لما يجب عليه من النصح للنساء والرجال وأهل الحاجة والضعف قال ابن وضاح في قوله صلى الله عليه وسلم انكحي أسامة بن زيد فيه انكاح الموالى القرشيات لأن فاطمة بنت قيس قرشية وأسامة بن زيد مولى وجاز له ذلك ولم يره من الخطبة على الخطبة لما لم يوجد ركون الى واحد منهما ولا تسمية صداق يدل على انها لم تركن الى احداهما انها انما ذكرت ان معاوية وأباجهم خطباها ولم تذكر ركونا الى أحدهما ولو كان منها ركون الى أحدهما لذكرته دون الآخر وهذه حالة تجوز فيها الخطبة على خطبة غيره فخطبها لأسامة بن زيد

(فصل) وقولها فكرهته تريد انها كرهت نكاحه لمعنى من المعانى ولعلها كرهت ذلك لكونه من الموالى وكانت العرب تكره ذلك وتترفع عنه فأعاد عليها النبي صلى الله عليه وسلم أن تنكح أسامة بن زيد لما علم في ذلك من المصلحة لها ولما أراد أن يبين من جواز انكاح القرشيات الموالى قالت فنكحته فجعل الله في ذلك خيرا كثيرا واغتبطت به تريد انها عرفت حسن العاقبة في اتباع رأى النبي صلى الله عليه وسلم ونكاحها أسامة بن زيد وان كانت كرهته أولا وقد قال الله تعالى فعسى أن تكرهوا شيأ ويجعل الله فيه خيرا كثيرا ص ﴿ مالك انه سمع ابن شهاب يقول المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل وليست لها نفقة الا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها قال مالك وهذا الامر عندنا ﴾ ش قوله المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل على ماقدمناه من وجوب السكنى لها وقد قال تعالى واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وقال بعض شيوخنا ان ذلك في الرجعية لقوله تعالى في آخر الآية لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا وأن قوله أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم في البائنات لقوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وذلك انه خصص النفقة عليهن بالحمل والرجعيات لهن النفقة وان لم يكن حوامل والله أعلم وأحكم

* وحدثني عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل وليست لها نفقة الا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها قال مالك وهذا الأمر عندنا

﴿ ماجاء فى عدة الامة من طلاق زوجها ﴾

ص ﴿ قال مالك الامر عندنا فى طلاق العبد الامة اذا طلقها وهى أمة ثم عتقت بعد فعدتها عدة الامة لا يغير عدتها عتقها كانت له عليها رجعة أو لم تكن له عليها رجعة لا تنتقل عدتها * قال مالك ومثل ذلك الحد يقع على العبد ثم يعتق بعد أن يقع عليه الحد فانما حده حد عبد ﴾ ش وهذا على ما قال ان عتق الامة فى العدة لا يغير عدتها وسواء كان طلاقا بائنا أو رجعيا فانها تتمادى على عدة الامة وذلك انما يراعى فى عدتها وقت وجوبها وقوع الطلاق عليها فلا يغير حكمها ما طرأ بعد ذلك عليها كالحد يجب عليها من زنا أو قذف أو شرب خمر يجب عليها وهى أمة ثم تعتق فانها لا يغير عتقها ما وجب عليها من الحد ولا يستوفى منها الا حد أمة وفرق بين ذلك وبين الأمة يطلقها زوجها طلاقا رجعيا ثم تعتق فى العدة ثم يموت زوجها فانها تنتقل الى عدة الوفاة عدة الحرة ولو كان طلاقا بائنا لم تنتقل الى عدة وفاة والفرق بينهما ان عدة الوفاة تلزمها فى الطلاق الرجعى لانها حكم من أحكام الزوجية كالتوارث ولحوق الطلاق والظهار وغير ذلك وهى باقية بينهما فى الطلاق الرجعى دون البائن وانما وجبت عليها عدة الوفاة وهى حرة فتلزمها عدة الحرة وليس كذلك الأمة المطلقة فانه قد وجب عليها العدة بالطلاق ولم يجب عليها عدة بالعتق فلذلك لم تنتقل الى عدة الحرة والله أعلم وقال الشافعى تنتقل الى عدة الحرة اذا كان الطلاق رجعيا واختلف قول أبى حنيفة فى الطلاق البائن فقال لا تنتقل الى عدة الحرة وقال أيضا تنتقل وقال الطحاوى هو القياس والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما قدمناه (مسئلة) ولو مات عن الأمة زوجها ثم عتقت لم تنتقل الى عدة الحرة لان العدة لزمتها وهى أمة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى تنتقل فى الطلاق الرجعى والدليل على ما نقوله أن العدة يلزم تمامها على الصفة التى وجبت عليها ولا يؤثر ذلك فى عتقها ص ﴿ قال مالك والحر يطلق الأمة ثلاثا وتعتد بحيضتين والعبد يطلق الحرة تطليقتين وتعتد ثلاثة قروء ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان الحر فى الأمة له ثلاث تطليقات لان الطلاق والاعتداد بالاقراء يعتبر فيهما الرق والحرية فيعتبر الطلاق بحال الرجال لانه حكم من أحكامهم وتعتبر الاقراء بحال النساء لان الاقراء مختصة بهن موجودة فيهن وقال أبو حنيفة الطلاق معتبر بالنساء فتطلق الحرة ثلاث تطليقات وان كان زوجها عبدا وتطلق الأمة تطليقتين وان كان زوجها حرا وقد تقدم الكلام فى ذلك بما يغنى عن اعادته ص ﴿ قال مالك فى الرجل تكون تحته الأمة ثم يبتاعها فيعتقها انها تعتد عدة الأمة حيضتين ما لم يصبها فان أصابها بعد ملكه اياها قبل اعتاقها لم يكن عليها الا الاستبراء بحيضة ﴾ ش قوله تكون عنده الأمة ثم يبتاعها قد تقدم ان ملك اليمين يوجب فسخ النكاح لانه أقوى لاشتماله على الرقبة والمنافع فمن اشترى زوجته فقد انفسخ النكاح وحلت له بملك اليمين فان اشتراها قبل أن يدخل بها ثم أعتقها فهذه لا عدة عليها لان الفرقة وقعت قبل البناء ولكنه اذا أعتقها تستبرأ بحيضة لان عقد ملك اليمين يبطل عقد النكاح واذا بطل لم يبق لعقد النكاح حكم فى العدة لعدم البناء والله أعلم (مسئلة) فان اشتراها بعد ان دخل بها فاعتقها قبل أن يمسها اعتدت عدة الامة قرأين على حسب ما وجبت عليها العدة حين الفسخ ولا تتغير عدتها بعتقها هذا قول مالك وأصحابه وقال الكوفيون تعتد بثلاثة أقراء وقد تقدم الكلام فيه

(فصل) وقوله فان أصابها بعد الملك وقبل العتق فليس عليها الا الاستبراء وذلك ان عقد الملك يهدم

﴿ ماجاء فى عدة الأمة من طلاق زوجها ﴾

* قال مالك الأمر عندنا فى طلاق العبد الأمة اذا طلقها وهى أمة ثم عتقت بعد فعدتها عدة الأمة لا يغير عدتها عتقها كانت له عليها رجعة أو لم تكن له عليها رجعة لا تنتقل عدتها * قال مالك ومثل ذلك الحد يقع على العبد ثم يعتق بعد أن يقع عليه الحد فانما حده حد عبد * قال مالك والحر يطلق الأمة ثلاثا وتعتد بحيضتين والعبد يطلق الحرة تطليقتين وتعتد ثلاثة قروء * قال مالك فى الرجل تكون تحته الأمة ثم يبتاعها فيعتقها انها تعتد عدة الأمة حيضتين ما لم يصبها فان أصابها بعد ملكه اياها قبل اعتاقها لم يكن عليها الا الاستبراء بحيضة

حكم عقد النكاح و وطء الملك يهدم حكم الوطء بالنكاح فيكون بمنزلة من أعتق أمة وطئها فليس عليها الا أن تستبرئ بحيضة أو مايقوم مقامها من الشهور والله أعلم (مسئلة) ولو طلقها واحدة فاشتراها قبل أن تنقضي عدتها ثم أعتقها فقد قال مالك ولو باعها كان على المشتري أن يستبرئها بحيضتين لانها عدة يريد انه باعها أو أعتقها قبل أن يمسها بملك اليمين وانما يستبرئها بحيضتين اذا كان بيعه اياها قبل أن تحيض حيضة بعد طلاقه اياها ولو كانت قد حاضت حيضة واحدة قاله مالك ولهذه الحيضة حكم العدة لان بها تتم عدتها والله أعلم (مسئلة) ولو اشتراها بعد ان انقضت عدتها منه ثم باعها فان المشتري لا يستبرئها الا بحيضة لانه لا يلزمها عدة وعدة الطلاق قد انقضت واستبراء الاماء انما يكون بحيضة خرجت الى ملك أو حرية والله أعلم (مسئلة) ولو اشترى مكاتب زوجته فعجز فرجع رقيقا فأخذها السيد فان مالكا قال ان المكاتب لم يطأها بعد ان اشتراها فعدتها حيضة ثم رجع فقال أحب الى أن تكون حيضتين قال وتعتد لان كل فسخ يكون في النكاح ففيه مثل عدة الطلاق ولو وطئها المكاتب بعد ما اشتراها لصارت الى الاستبراء و بطلت عدة النكاح لانها وطئت بملك اليمين (مسئلة) وهذا اذا كانت ممن تعتد بالاقراء فان كانت ممن تعتد بالشهور لصغر أو كبر فعدتها من الطلاق ثلاثة أشهر هذا قول مالك و به قال يحيى بن سعيد و ربيعة وجمهور أهل المدينة وعمر بن عبد العزيز والحسن البصري والنخعي وقال أبو حنيفة والشافعي عدتها شهر ونصف وقال الزهري وعطاء عدتها شهران والدليل على مانقوله ان الأشهر بدل من الاقراء فلم تختلف بكثرة الاقراء وقلتها كالتيمم الذي هو بدل من الغسل والوضوء فلم يختلف في الطهارة الكبرى والصغرى

﴿ جامع عدة الطلاق ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانها تنتظر تسعة أشهر فان بان بها حمل فذلك والا اعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت ﴾ ش وقوله في التي تحيض في عدتها ثم ترفعها حيضتها تنتظر تسعة أشهر هو قول عامة أصحابنا على الاطلاق غير ابن نافع فانه قال ان كانت ممن تحيض فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانها تنتظر خمس سنين أقصى أمد الحمل وان كانت يائسة من المحيض اعتدت بالسنة تسعة أشهر ثم ثلاثة أشهر قال سحنون وأصحابنا لا يفرقون بينهما وما قاله الجمهور أولى لان التسعة أشهر هي أمد الحمل المعتاد (مسئلة) المعتدة من الطلاق على ضربين حائض وغير حائض فأما الحائض فهي التي قد رأت الحيض ولو مرة في عمرها ثم لم تبلغ سن اليأس منها فهذه اذا طلقت فحكمها أن تعتد بالاقراء فان لم تر حيضا انتظرت تسعة أشهر وهذا مذهب عمر و به قال ابن عباس والحسن البصري وقال أبو حنيفة والشافعي تنتظر الحيض أبدا والدليل على مانقوله ان هذا اجماع الصحابة لانه روى عن عمر وابن عباس وليس في الصحابة مخالف ومن جهة المعنى ان التسعة الأشهر مدة الحمل المعتاد فالغالب أن يظهر بها حمل ان كان بها أو تتحقق المرأة علاماته وتحس به فاذا سلمت من ذلك كله فالظاهر سلامتها من الحمل اذا لم توجد منها ريبة غير ارتفاع الحيض وقد يرتفع كثيرا من غير حمل فلا يدل ارتفاعه على الحمل فاذا انقضت التسعة ولا تمس شيأ اعتدت بثلاثة أشهر قال مالك وأصحابه وأكثره من قول أشهب لان لها حينئذ حكم اليائسة من المحيض ومعنى ذلك انه لما وقع التربص بالتسعة أشهر وعدم

﴿ جامع عدة الطلاق ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانها تنتظر تسعة أشهر فان بان بها حمل فذلك والا اعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت

الحيض والحمل حكم لما بحكم من تعتد بالشهور فصار ذلك حكما كاليائسة لما ارتفع حيضها وصارت ممن لا تحيض تعتد بثلاثة أشهر الا أن اليائسة لما كانت علامة اليأس ظاهرة من السن وغيره لم يحتج الى اعتبار تسعة أشهر وهذه لما كان حكمها الحيض كان ارتفاعها ريبة لم تنتقل عنه الا بعد الاستبراء والاستقصاء والله أعلم (مسئلة) واذا حلت المرتابة بالسنة ثم تزوجت ثم طلقت فقد روى ابن المواز عن مالك وأصحابه قال وأكثرهم شيوخ أشهب ان عدتها ثلاثة أشهر فى الطلاق حرة كانت أو أمة لانها اعتدت بالشهور مدة فصار لها حكم اليائسة الا أن يعاودها الحيض ولو مرة فترجع الى الحيض ان تمادى بها أو الاستبراء أو العدة ان انقطع عنها (مسئلة) فان كانت ممن لا تحيض فلا يخلو أن تكون ممن لم تحض قبل وقد قال سحنون قول مالك وأصحابه ان عدة التى لم تبلغ حد المحيض والتى بلغته ولم تحض وان بلغت ثلاثين سنة وأكثر ثلاثة أشهر وكذلك عدة اليائسة من المحيض وهى التى بلغت سنا كل من بلغته من النساء لم تحض قال بعض أصحاب مالك ولا تنتقص منه الأمة ووجه ذلك أن الله تعالى قال واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن قال مالك ان ارتبتم فعدتهن وقد أنكر ذلك بعض الناس وقالوا لو أراد ذلك لقال أن ارتبتم بالفتح لان الارتياب ماض وانما تتعلق ان المكسورة بالاستقبال والارتياب قد عدم بتعدد وجود النص وهذا الذى قاله ليس بصحيح لان الارتياب لمن لا يعلم حكم الآية أو لمن لا يقرؤها ثابت الى يوم القيامة وقد قال بعض أصحابنا ان معنى ان ارتبتم اذا ارتبتم ويحتمل أن يريد بذلك أن ارتبتم فى التأويل على ان العرب تستعمل هذا اللفظ على معنى التنبيه على الدليل فتقول ان ارتبت فى كذا مع ظهوره ووضوحه فيجب أن يمنعك من الارتياب أمر كذا قال الله تعالى فان كنت فى شك مما أنزلنا اليك فاسأل الذين يقرؤن الكتاب من قبلك ومعنى ذلك نفى الشك والارتياب عن مثل هذا لوضوحه وظهور أدلته ووجه آخر وهو أن يكون ان ارتبتم الآن فانه يجب أن يقطع الارتياب هذا النص وهذا اللفظ يستعمل بمعنى الحال ولذلك يقول ان شئت لان فعلت كذا وقد يستعمل بمعنى المضى فتقول ان كنت تشك فى كذا فحكمه كذا وهذا بين واضح والأول أظهر ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه كان يقول الطلاق للرجال والعدة للنساء * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال عدة المستحاضة سنة ﴾ ش قوله رضى الله عنه عدة المستحاضة سنة يريد انها تقيم سنة وقد روى ابن المواز عن مالك انه قال عدة المستحاضة فى الطلاق سنة كالمرتابة تسعة أشهر استبراء وثلاثة أشهر عدة حرة كانت أو أمة أو كتابية فعلى هذا يتناول قول سعيد فى ان التسعة الاشهر استبراء والثلاثة الأشهر عدة ولذلك استوى فيها حكم الحرة والأمة لان العدة بالأشهر لا يختلفان فيها لانها بدل من الحيض الذى يختلفان فيه على ما تقدم والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا كانت الحائض لا تميز دما واتصل ذلك بها فى جميع العام فان تغير حكمها فلا يخلو أن تنتقل الى حيض أو الى انقطاع دم فان انتقلت الى حيض بطل حكم الاستحاضة فاعتدت بالاقراء قاله مالك فى الموازية ووجه ذلك انه نوع من الريبة لان المستحاضة لا قرء لها تبرأ به فكانت مرتابة كالتى لا ترى الدم فاذا شرعت فى عدة المرتابة ثم رأت الحيض انتقلت عن حكم الارتياب الى العدة بالاقراء (فرع) وانما يعرف الحيض بان ينقطع عنها الدم ثم تستقبل الحيض فاما مع اتصال الدم بان ترى دما لا تشك فيه انه دم حيض للونه ولذاعته فقد قال أصبغ اذا رأت دما لا تشك انه دم حيض تركت الصلاة فيه وان طلقها أجبره على الارتجاع وتغتسل بانقطاع هذا الدم الجديد ولا تعتد به من طلاق وعدتها السنة

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد ابن المسيب انه كان يقول الطلاق للرجال والعدة للنساء * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال عدة المستحاضة سنة

وكذلك ان رأت كثرته فقد قال مالك في الموازية ربما عرفت اقبال الحيض بكثرة الدم وادباره بقلته ولكن عدتها سنة لانها الاتؤمن ان ذلك كذلك ومعنى ذلك انها تحقق انه دم حيض بالكثرة والقلة والله أعلم (مسئلة) فاذا طلقت مستحاضة فانقطع عنها الدم ثم رأت بعده طهرا كاملا ثم حيضها فانها تنتقل الى حكم الاقراء وان كانت مستحاضة ستة أشهر ثم انقطع عنها الدم ستة أشهر قال أصبغ قد حلت وكذلك لو لم ترد مامن يوم الطلاق ستة أشهر ثم استحاضت فبتمام السنة من يوم الطلاق تحل الا أن تحس حركة فتقيم الى أن تنفس أو تضع أو تنقضي مدة الحمل ومعنى ذلك والله أعلم انه لما كانت الاستحاضة ريبة وارتفاع الحيض ريبة لفق بينهما العام الذي هو مدة اعتداد المرتابة وهذا في تقدم الاستحاضة فاما في تأخرها ففيه نظر وذلك ان الاستحاضة لا تكون الا بعد حيض فاذا وجد الحيض بطل حكم الريبة بارتفاع الحيض واعتدت بالاقراء فلا يجوز أن يضاف ما بعد الحيض من الاستحاضة الى ما قبله من الشهور كما لا يضاف ما بعد الحيض من الشهور الى ما قبله والله أعلم وقال ابن القاسم تستأنف المستحاضة التي ينقطع عنها الدم سنة من يوم انقطعت الاستحاضة ووجه ذلك ان الاستحاضة ليست من جنس انقطاع الدم فلا يلفق بعض ذلك الى بعض ولان عدة المسترابة يجب أن تكون من جنس ما ترتفع به ريبتها فاذا زالت ريبتها بالاستحاضة تسعة أشهر ثم انقطع عنها الدم لم يصلح أن تكون عدتها بارتفاع الدم لانه من غير جنس ما زالت به ريبتها وهذه ريبة أخرى طارئة فيجب أن تقيم تسعة أشهر ليتبين معنى هذه الريبة ثم تعتد عدة من جنسها والله أعلم ص ﴿قال مالك الأمر عندنا في المطلقة التي ترفعها حيضتها حين يطلقها زوجها انها تنتظر تسعة أشهر فان لم تحض فيهن اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض فان مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثانية قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض وان مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثالثة كانت قد استكملت عدة الحيض فان لم تحض استقبلت ثلاثة أشهر ثم حلت ولزوجها عليها في ذلك الرجعة قبل أن تحل الا أن يكون قد بت طلاقها﴾ ش قوله في المطلقة ترفعها حيضتها يريد أن تنقطع عنها فلا ترى دم حيض فان حكمها أن تقعد تسعة أشهر استبراء لما طرأ عليها من الريبة بارتفاع الحيض فان لم تحض فيها اعتدت بعدها ثلاثة أشهر لانها قد فارقت حكم الحيض فاعتدت بالشهور كاليائسة من المحيض ولا يجوز أن يراد بقول عمر من بلغت سن اليأس لانه عام فيحمل على عمومه وأيضا فانه قال فان بان بها حمل والا اعتدت ثلاثة أشهر وهذا لا يكون في اليائسة من المحيض لان اليائسة من المحيض لا تحمل

(فصل) فان حاضت قبل التسعة أشهر أو بعد انقضائها وقبل الثلاثة الأشهر بطل حكم الشهور واستأنفت الاعتداد بالاقراء فان جرت اقراؤها على العادة انقضت عدتها بثلاثة اقراء وان ارتفعت حيضتها بعد تلك الحيضة الاولى فان اتصلت لها بتسعة أشهر من يوم طهرت منها لم ترفيها دم حيض ألغت ما تقدم من عدتها بالحيضة والأشهر التي تقدمتها واستأنفت الاستبراء من يوم طهرها من تلك الحيضة فاذا كملت مدة الاستبراء اعتدت بثلاثة أشهر ثم ان رأت حيضة ثانية قبل انقضاء العدة بالشهور ألغت ذلك كله واعتدت بهذه الحيضة وبالحيضة الاولى حيضتين من عدتها ثم ان ارتفعت حيضتها الثالثة استأنفت الاستبراء بتسعة أشهر من يوم طهرت من الحيضة الثانية فان لم تر في مدة الاستبراء حيضا اعتدت بعدها بثلاثة أشهر فتلفق الحيض وان تخللته الريبة ولا تلفق مدة الاستبراء بل تلغى كل

قال مالك الأمر عندنا في المطلقة التي ترفعها حيضتها حين يطلقها زوجها انها تنتظر تسعة أشهر فان لم تحض فيهن اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت قبل أن تستكمل الاشهر الثلاثة استقبلت الحيض فان مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثانية قبل أن تستكمل الاشهر الثلاثة استقبلت الحيض وان مرت بها تسعه أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثالثة كانت قد استكملت عدة الحيض فان لم تحض استقبلت ثلاثة أشهر ثم حلت ولزوجها عليها في ذلك الرجعه قبل أن تحل الا أن يكون قد بت طلاقها

ماتقدم منها اذا كان بعدها حيض لانه استبراء تجدد لريبة مجردة فلذلك لايصح فيه التلفيق والحيض ليس بريبة بل ينفي الريبة فلذلك لفق بعضه الى بعض (فرع) وهذا اذا كان الحيض فان رأت الدم يوما أو يومين أو مالا يكون حيضا فقد قال أصبغ في المطلقة تستراب فترى في السنة دما أو مالا يكون حيضا انتظرت سنة من يوم الطلاق يعني ان ذلك الدم لايعتد به ولا يهدم ماتقدم من الاستبراء لان مالايعتد به لايهدم الاستبراء ولا يبطل حكمه

(فصل) وقوله ولزوجها عليها في ذلك الرجعة قبل أن تحل يريد ان في طول مدد الاستبراء والعدد والحيض له الرجعة وأن يكون ذلك لايقطع ما كان له من الرجعة ولاينقطع ذلك الا بان تحل للأزواج ويحكم بانقضاء عدتها الا أن يكون طلاقها باتا فلا تكون له الرجعة لان البت ينافي الرجعة

ص ﴿ قال مالك السنة عندنا أن الرجل اذا طلق امرأته وله عليها رجعة فاعتدت بعض عدتها ثم ارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسها انها لاتبني على مامضى من عدتها وانها تستأنف من يوم طلاقها عدة مستقبلة وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ ان كان ارتجعها ولا حاجة له بها ﴾ ش قوله فيمن طلق امرأته ثم ارتجع ثم فارق قبل أن يمس انها تستأنف العدة ولا تبني على مامضى يريد أن الرجعة تهدم العدة لان حكم الزوجية ينافي حكم العدة فاذا ثبتت الرجعة بطلت العدة فاذا وقع بعد ذلك طلاق استأنفت العدة لانها مدخول بها لم يستبرأ رحمها بانقضاء عدتها فلزمت العدة ولم يصح البناء على ماتقدم لما قدمناه من ابطال الرجعة العدة فلزم ابتداء العدة من يوم الطلاق الثاني

(فصل) وقوله وقد ظلم نفسه وأخطأ ان كان ارتجعها ولا حاجة له بها يريد انه زال ملكه عن طلاق غنيا عن ازالته وربما دعته الضرورة بعد وقت اليه وأخطأ حين ارتجع من لا حاجة له بها لان مقصود الرجعة الجماع مع ماحصل في ذلك من تطويل العدة عليها وظلم المرأة بذلك مع عدم انتفاعه به ويحتمل أن يريد به قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف وهو الامساك على وجه الزوجية ومقصودها وقوله أوسرحوهن بمعروف يريد والله أعلم طلاق السنة ثم قال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا يريد والله أعلم أن يرتجعها ولا حاجة له بها ثم قال تعالى ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه والرجعة تكون على وجهين أحدهما أن يطلقها طلقة أو طلقتين ثم لا يرتجعها حتى تنقضي عدتها ثم يتزوجها أو يطلقها ثلاثا ثم تتزوج زوجا غيره فيطلقها الزوج الثاني ثم يتزوجها الاول فان ذلك يسمى ارتجاعا قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ان ظنا أن يقيما حدود الله فسمى تزويجها بعد زوج ارتجاعا والثاني من وجهين الرجعة هو المستعمل عند الفقهاء وهو أن يطلقها طلقة أو طلقتين ثم يرتجعها قبل انقضاء عدتها من غير اعتبار رضاها ولا رضا وليها ولا صداق لها لانه أملك بها مادامت في عدتها (مسئلة) وهذا الارتجاع الاصل فيه قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وقوله تعالى فامساك بمعروف الامساك الرجعة وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ولا خلاف في صحة وقوعه بالقول فأما بالفعل نحو الجماع أو القبلة قال القاضي أبو محمد يصح بها وبسائر الاستمتاع للذة قال ابن المواز ومثل الجسة اللذة أو ينظر الى فرجها وماقارب ذلك من محاسنها اذا أراد بذلك الرجعة خلافا للشافعي في قوله لاتصح الرجعة الا بالقول والدليل على مانقوله ان هذه مدة تتعلق بقول الزوج له رفعها من غير عقد فوجب أن يصح رفعها من غير قول بالوطء كمدة الايلاء (مسئلة) ولا يكون بشئ من ذلك

قال مالك السنه عندنا ان الرجل اذا طلق امرأته وله عليها رجعة فاعتدت بعض عدتها ثم ارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسها انها لاتبنى على مامضى من عدتها وانها تستأنف من يوم طلقها عدة مستقبلة وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ ان كان ارتجعها ولاحاجة له بها

رجعة الا اذا نوى بها الرجعة خلافا لابى حنيفة فى قوله تكون رجعة بمجرده والدليل على مانقوله قوله صلى الله عليه وسلم انما الأعمال بالنيات وانما لامرئ مانوى ومن جهة المعنى انه معنى يصح للوطء فلم يصح الا مع النية والعقد كالتلفظ بعقد النكاح والرجعة (فرع) فان وطئ فى العدة لاينوى الرجعة فله أن يراجع فى العدة ولا يطأ حتى يستبرئها من ذلك الماء قاله مالك قال ابن القاسم فان انقضت عدتها لم ينكحها ولا غيره فى بقية أمد الاستبراء فان فعل فسخ نكاحه ولا يتأبد تحريمها عليه كما يتأبد بتحريمها على غيره لان الماء ماؤه (فرع) ولا صداق عليه ان وطئ فى العدة لايريد الرجعة خلافا للشافعى لانه لو ارتجعها لم يكن عليه مهر فلا يكون الوطء دون الرجعة أولى بالمهر من الرجعة (مسئلة) ولا تقع الرجعة بمجرد النية دون فعل ولا قول رواه ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب فان نوى به الرجعة ثم فعل بعد ذلك فى العدة شيأ مما ذكرناه من الاستمتاع قال محمد بن المواز ان كان فعل ذلك بما كان نوى من الرجعة ولم يجدد نية فهى رجعة لان فعله ذلك لرجعته التى كان نواها مثل تجديد النية فذلك يجزئه (مسئلة) فان أشهد فى العدة انه وطئ أو استمتع ثم قال بعد انقضاء العدة نويت بذلك الاستمتاع الرجعة فقد روى ابن المواز عن أشهب انه اذا أقر فى العدة انه وطئ أو قبل أو باشر ثم ادعى بعد العدة انه أراد بذلك الرجعة فهو مصدق ولو أقر فى العدة انه خلا بها ثم ادعى بعد العدة الرجعة بذلك لم يكن ذلك رجعة حتى يكون مقامه عندها ودخوله وخروجه معروفا بغير اقراره فيصدق فيما يدعى من أنه ارتجع فى العدة ففرق بين اقراره بالخلوة واقراره بالوطء أن الخلوة لا تكون رجعة وان نوى بها الرجعة والوطء مع نية الرجعة يكون رجعة فلذلك افترقا والله أعلم (مسئلة) ومن قال لغير مدخول بها ان وطئتك فأنت طالق فوطئها روى ابن سحنون عن أبيه هى طالق باليمين وله الرجعة ان نوى ببقية وطئه الرجعة فهى رجعة والا لم يحل له التمادى على الوطء خلافا لأبى حنيفة لانها جارية الى بينونة كالكتابية اذا أسلمت بعد بناء زوجها بها ولان هذا مبنى على أنه لا يكون له رجعة اذا عرا من النية واذا لم تكن رجعة كان ممنوعا والا كانت غير مطلقة وتتضمن هذه المسئلة فصلا آخر وهو ان ابتداء الوطء مباح له وهو مقدار مايقع به الحنث (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالمطلقة اذا لم يكن فى منزلها الا بيت واحد أخرج عنها الزوج ولا يكون معها فى حجرة تنغلق عليه وعليها والمبتوتة والرجعية فى ذلك سواء قاله مالك فى المدونة ومعنى ذلك ان المساواة بين الطلقتين بين لما قدمناه وهذا مبنى على القول الذى رجع اليه مالك قال ولو كانت دارا جامعة فلا بأس أن يكون هو فى بيت وهى فى بيت آخر ومعنى ذلك أن تكون الدار الجامعة يسكنها جماعة كل واحد منهم ينفرد بمسكنه فلا بأس أن يسكن الزوج فى مسكن ينفرد به كما تنفرد الزوجة بمسكنها وهذا حكم الأجنبى والله أعلم (مسئلة) والرجعة انما تكون فى المطلقة المدخول بها فأما غير المدخول بها فلا رجعة له عليها وهذا اذا تصادقا على الاصابة فان ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر فقد تقدم ذكر ذلك ولو اتفقا على انكار الوطء فعليها العدة ولا رجعة له عليها لانهما لا يصدقان على نفى النسب واسقاط حق من حقوق الله فى العدة (مسئلة) فان دخل بها فى حال حيضها فلما طهرت طلقها لا رجعة له عليها رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية ووجه ذلك ان الوطء ممنوع حال الحيض فلا يصدق فيما يدعيه من ذلك بعد الطلاق لاحراز الرجعة (مسئلة) واذا راجع المطلقة فاجابته قد أسقطت مضغة قال مالك هى مصدقة ووجه ذلك انها مؤتمنة وذلك يقتضى تصديقها فيما يمكن اذا راجعته عند قوله أو عند بلوغ ذلك اليها فان قال لها ذلك اليوم فقالت من الغد قد كنت

أسقطت مضغة فلا قول لها بخلاف جوابها فى الوقت ووجه ذلك ان بصمتها قد صدقته فثبتت لها الرجعة فليس لها بعد ذلك أن تبطل ما قد صح له من الرجعة كصمت اليتيمة البكر فى النكاح يثبت عليها عقد النكاح فليس لها أن تبطله بعد ذلك بدعوى الكراهية وعدم الرضا (مسئلة) فان اجابته انى قد حضت ثلاث حيض قال أشهب تصدق فى الاولى ثم يحسب ما بقى للحيضتين فاأشبه صدقت فيه بغير يمين وان لم يشبه ذلك ثبتت رجعته ووجه ذلك ان الحيضة الاولى يصح أن تحيضها اثر الطلاق وذلك اذا لم يتقدم من اقرارها قبل ذلك من قرب الحيضة التى قبلها ما يمنع ذلك فلذلك لم تحتج فى تصديقها فى الحيضة الاولى الى حساب واحتيج الى ذلك فى الحيضتين الباقيتين فان للحيض والطهر مقادير قدرها الشرع فينظر الى أقل ما يكون من ذلك صدقت فيه وان ادّعت ما لا يصح فيه ذلك لم تصدق ولزمتها الرجعة والله أعلم ص ﴿ قال مالك والأمر عندنا ان المرأة اذا أسلمت وزوجها كافر ثم أسلم فهو أحق بها ما دامت فى عدتها فان انقضت عدتها فلا سبيل له عليها فان تزوجها بعد انقضاء عدتها لم يعد ذلك طلاقا فانما فسخها منه الاسلام بغير طلاق ﴾ ش وهذا على ما قال وذلك ان اسلامها لا يقع به الفسخ وانما يقع به منعه من الاستمتاع بها وانما يقع فسخ النكاح بانقضاء عدتها وهو على دينه لم ينتقل الى دين الاسلام ولو وقع فسخ النكاح باسلامها لم يكن أحق بها ان أسلم فى عدتها الا ان تقدم فسخ النكاح يوجب ذلك كالمرأة تشترى زوجها فانه يقع الفسخ بتعيين الشراء ثم ان أعتقته أو باعته قبل انقضاء عدتها لم يكن أملك بها ولا سبيل له اليها الا بنكاح جديد

﴿ ما جاء فى الحكمين ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان على بن أبى طالب قال فى الحكمين الذين قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا ان اليهما الفرقة بينهما والاجتماع * قال مالك وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم ان الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته فى الفرقة والاجتماع ﴾ ش قول على رضى الله عنه ذكرانه فى شأن عقيل بن أبى طالب وفاطمة بنت عتبة بن ربيعة بعث فى أمرهما عثمان بن عفان عبد الله بن عباس ومعاوية بن أبى سفيان فقال على بن أبى طالب رضى الله عنه للحكمين أتدريان ما عليكما ان رأيتما أن تجمعا جمعتما وان رأيتما أن تفرقا فرقتما والأصل فى بعثة الحكمين قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ذهب جمهور العلماء الى أن المخاطب بقوله وان خفتم شقاق بينهما الحكام والمراد بقوله ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما أنهما الحكمان ومن صفة الحكمين التى هى شرط فى صحة كونهما حكمين الاسلام والبلوغ والحرية والذكورة فان عدم شئ من ذلك لم يجز تحكيمهما برضا الزوجين ولا ببعثة السلطان قاله مالك وكذلك العدالة ولهما صفات أخرهى من صفة كمالها أن يكونا من أهلهما وأن يكونا فقيهين فقد قال ابن القاسم ان جعل ذلك الزوجان ووليا اليتيمين الى من لا يجوز أن يكون حكما لم يجز لأن ذلك من باب الغرر

(فصل) وقوله فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها خطاب للحكام ويحتمل على مذهب مالك ان يكون خطابا لولى اليتيمين وذلك انه ليس لأحد أن يبعث الحكمين الا الحاكم أو الزوجان أو وليا الزوجين وان كانا محجورين وهذا معنى ما فى المدونة (مسئلة) ولو جعل الزوجان ذلك الى رجل

* قال مالك والأمر عندنا ان المرأة اذا أسلمت وزوجها كافر ثم أسلم فهو أحق بها ما دامت فى عدتها فان انقضت عدتها فلا سبيل له عليها وان تزوجها بعد انقضاء عدتها لم يعد ذلك طلاقا وانما فسخها منه الاسلام بغير طلاق

﴿ ما جاء فى الحكمين ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه أن على بن أبى طالب قال فى الحكمين الذين قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا أن اليهما الفرقة بينهما والاجتماع * قال مالك وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم أن الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته فى الفرقة والاجتماع

واحد جاز اذا كان من أهل الحكم قاله ابن القاسم في المدونة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندي أن يكون من جهة الزوجين لأن الحق في ذلك لا يخرج عنهما ولا يجوز للسلطان ولا لولي اليتيمين لان في ذلك اسقاط الحق الزوجين ولا يجوز ذلك في جزاء الصيد لانه حق لله تعالى ولم يأمر فيه الا بحكمين (مسئلة) وسبب تحكيم الحكمين أن يقبح ما بين الزوجين ويظهر الشقاق بينهما قال القاضي أبو محمد اعلم ان كان ذلك من أحدهما أمر بازالته وان جهل ذلك بعث الحاكم حكمين وسواء بنى بها الزوج أو لم يبن بها قاله ابن المواز لان التقابح قد يقع بينهما قبل البناء (مسئلة) واذا نزع أحد الزوجين أو نزعا جميعا قبل حكم الحكمين فلا يخلو ان يبعث الحكمين السلطان أو غيره فان بعثهما السلطان لم يكن لهما نزوع لان تحكيمهما حكم من السلطان فليس لهما نقضه فان بعثهما غير السلطان جاز لهما النزوع ما لم يستوعبا الكشف عن أمرهما فلا نزوع لواحد منهما ويلزم حكمهما قاله ابن المواز ووجه ذلك ما احتج به من أن رجلين لو حكما بينهما رجلا فلما ظهر وجه الحق وعلم أحدهما أنه محكوم عليه أراد النزوع لم يكن له ذلك (مسئلة) وما يحكم به الحكمان فعلى وجه الحكم لا على وجه الوكالة والنيابة فينفذ حكمهما وان خالف مذهب الحاكم الذى أنفذ سواء جمعا أو فرقا وبه قال النخعي والشافعي وغيرهم خلافا لابي حنيفة وأحد قولي الشافعي انهما ان جمعا جاز ذلك وان فرقا لم يلزم ذلك الزوج والدليل على ذلك قوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فسماهما حكمين والحكم لا يحتاج فيما يوقعه من الطلاق الى اذن الزوج كالوالي (مسئلة) ومن حكم الحكمين أن يكونا فقيهين ليعلما مواقع الحق ليحكما به ويكون أحدهما من أهله والثاني من أهلها لان الاهل أعلم بباطن أمرهما وأعرف بوجوه منافعهما ويكونان عدلين ليؤمن جورهما فان لم يكن من أهلهما من هذه صفته جاز أن يكونا أجنبيين والله أعلم (مسئلة) ووجه نظر الحكمين أن ينظرا في أمرهما فان رأيا الاساءة من قبل الزوج فرقا بينهما وان رأيا الاساءة من قبل المرأة تركاهما واستأمناه عليها وان كان من قبلهما جميعا فرقا بينهما على بعض ما أصدقها ولا يستوعب له وعنده بعض العلم رواه ابن المواز عن أشهب قال محمد وهو معنى قوله فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به (مسئلة) وان فرقا بينهما بطلقة بشئ أخذاه له منها فهو خلع والطلقة بائنة وان كانت بغير عوض فهي أيضا طلقة بائنة قال أشهب اذا فرقا بالبتة فهي واحدة بائنة وان كانت طلقة بغير عوض وانما قلنا انها واحدة بائنة لأنها فرقة أوقعها حكم من غير اختيار الزوج ولا تمليكه فكانت بائنة كالفرقة بسبب العقد (مسئلة) وان حكما بالثلاث روى ابن حبيب عن مطرف ما أخطأ فيه السلطان ففرق بثلاث فيما يفرق فيه بواحدة فقد أخطأ وتكون واحدة وكذلك الحكمان وقال أشهب تلزمه واحدة بائنة وقال ابن القاسم تلزمه البتة وبه قال أصبغ والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في العبد تزوج بغير اذن سيده فيفرق السيد بينهما بثلاث تطليقات والأمة تعتق تحت العبد فتختار نفسها بثلاث تطليقات هل تكون ثلاثا أو واحدة (مسئلة) وان حكم أحدهما بواحدة والآخر بثلاث قال محمد هي واحدة وروى ابن حبيب عن أصبغ أن ذلك ليس بشئ وجه قول محمد انهما قد اتفقا على ايقاع واحدة فيجب أن يصح ويبطل ما اختلفا فيه وهو ما زاد على الواحدة ووجه قول أصبغ ان حكم الواحدة غير حكم الثلاث فلا يوجد اتفاقهما على أحد الحكمين فيجب أن يبطل ذلك كله (مسئلة) فان حكم أحدهما بطلقة على مال والآخر بواحدة بغير مال لم يكن ذلك باجتماع منهما فان رضيت أن تمضي له ذلك مع المال لزم الزوج الطلاق قاله ابن القاسم في المدونة

ومعنى ذلك انهماقد اجتمعا على الطلقة وانما اختلفافيما يأخذ الزوج من مال الزوجة فلا يلزم ذلك الزوجة الا برضاها فلا حجة للزوج (مسئلة) وسواء كان ذلك قبل البناء أو بعده فليس للحكمين أن يبطلا ما يرجع الى الزوج من نصف الصداق قبل البناء كما ليس لهما أن يفرقا بينهما على شئ يأخذانه للزوجة من الزوج ووجه ذلك ان الطلاق حق من حقوق الزوج فليس للحكمين أن يخرجاه عن يده على شئ يأخذانه منه فيكون العوضان من جهته وانما يجوز لهما أن يوقعاه لشئ يأخذانه له من مال الزوجة ليكون ما يأخذانه منها يصير الى الزوج عوضا عما أخرج عن ملكه من الطلاق

﴿ ماجاء في يمين الرجل بطلاق مالم ينكح ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وابن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون اذا حلف الرجل بطلاق امرأة قبل أن ينكحها ثم أثم ان ذلك لازم له اذا نكحها ﴾ ش قولهم فيمن حلف بطلاق امرأة قبل أن يتزوجها يريدون أن يقول ان تزوجتك فأنت طالق أو يقول ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فيضيف الطلاق الى النكاح وأما اذا لم يضف الطلاق الى النكاح فانه لا يلزمه شئ وذلك مثل أن يقول لاجنبية أنت طالق ثم يتزوجها فتدخل الدار فهذه لا خلاف انه لا يلزمه شئ من ذلك قال ابن حبيب هذا مجمع عليه (مسئلة) وأما اذا أضاف الطلاق الى النكاح فالذي ذهب اليه مالك وأبو حنيفة ان ذلك يلزمه في التعيين وقال الشافعي لا يلزمه شئ من ذلك وقد روى عن ابن وهب عن مالك انه أفتى رجلا حلف ان تزوجت فلانة فهي طالق انه لا شئ عليه ان تزوجها قاله ابن وهب ونزلت بالمخزومي فأفتاه مالك بذلك وليست هذه الرواية بالمشهورة والمشهور رواية أبي زيد عن ابن القاسم في العتبية لا يفسخ ان وقع والدليل على ما نقوله انه أضاف الطلاق الى النكاح فوجب أن يلزمه كما لو تقدم عقد النكاح

(فصل) وقولهم ثم أثم ان ذلك لازم له اذا نكحها معناه والله أعلم ان ذلك لازم له ان كان قد نكحها وأما لو قال لها ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار ثم تزوجها لم يكن عليه شئ بدخولها قبل النكاح وانما يلحقه الطلاق بدخولها بعد عقد النكاح ص ﴿ مالك انه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول فيمن قال كل امرأة أنكحها فهي طالق انه اذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شئ عليه قال مالك وهذا أحسن ما سمعت ﴾ ش قوله فيمن حلف بطلاق من يتزوج ان لم يسم قبيلة أو يعين امرأة انه لا شئ عليه وهو مذهب مالك وبه قال النخعي والشعبي والاوزاعي لان مالكا يقول اذا سد على نفسه باب الاستمتاع لم يلزمه شئ واذا لم يسد على نفسه باب الاستمتاع لزمه ذلك وهو أن يقول ان تزوجت امرأة من بني تميم أو من قريش أو يضيف ذلك الى بلد فيقول ان تزوجت امرأة من مصر أو تزوجت امرأة بالشام أو يضيف ذلك الى زمن لا يستوعب عمره أو أكثر مثل أن يقول ان تزوجت هذا العام أو هذه العشرة الأعوام فمثل هذا يلزمه لانه لم يسد على نفسه باب الاستمتاع وقال أبو حنيفة يلزمه ذلك على كل وجه وقد تقدم ذكره في الأيمان والنذور (مسئلة) ولو قال كل امرأة أتزوجها الا فلانة فهي طالق فان كانت التي استثنى زوجته التي عنده فقد قال ابن القاسم يلزمه ذلك وكأنه قال معك بخلاف اذا لم تكن تحته وقال ابن المواز لا شئ عليه في الوجهين

﴿ ماجاء في يمين الرجل بطلاق مالم ينكح ﴾

* حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وابن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون اذا حلف الرجل بطلاق امرأة قبل أن ينكحها ثم أثم ان ذلك لازم له اذا نكحها * وحدثني عن مالك انه بلغه ان عبد الله ابن مسعود كان يقول فيمن قال كل امرأة أنكحها فهي طالق انه اذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شئ عليه * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت

وروى نحوه عيسى عن ابن القاسم وجه الرواية الأولى انه اذا كانت التى استثنى زوجته له فقد حلف أن لا يتزوج عليها ولا خلاف أن ذلك لازم له ووجه القول الثانى انه لم يورده على هذا الوجه وانه انما أورده على وجه الامتناع من نكاح غيرها ولو لزمه ذلك للزمه اذا طلقها أن لا يتزوج غيرها وهذا يسد باب الاستمتاع فوجب أن لا يلزمه والله أعلم (فرع) وان كانت المرأة أجنبية فقد اختلف فيه مالك وأصحابه فروى عنه المصريون انه لا شئ عليه كمن عم وكذلك اذا استثنى العدد اليسير كالعشرة ونحوها أو قبيلة أو قرية وهم قليل وروى عيسى عن ابن القاسم انه لا يحد فى ذلك ولكنه اذا استثنى العدد القليل الذى ليس فيه سعة للنكاح فهو كمن عم والرواية الثانية رواية المدنيين روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن عبد الملك انه اذا قال الا فلانة لزمه ذلك وجه القول الأول ان المراعى فيه أن يترك ما يمكن فيه النكاح فاذا استثنى مالا يمكنه ذلك غالبا فهو كمن عم ووجه الرواية الثانية انه اذا استثنى فقد عدل عن الاستيعاب فوجب أن يلزمه ذلك كما لو استثنى الكثير (فرع) فاذا قلنا برواية اللزوم فقد قال ابن الماجشون يلزمه ذلك ولو كانت التى استثنى ذات زوج لانه يرجى له أن تخلو من الزوج فيتزوجها وكذلك لو تزوجها وطلقها البتة للزمته اليمين الا أن يتزوجها فى عدة فتحرم عليه تحريما مؤبدا وقال مطرف ان كانت ذات زوج أو تزوجها فأبتها لم تلزمه اليمين ولو طلقها طلقة أو طلقتين لزمته اليمين وجه القول الاول ما احتج به من أن اليمين تلزمه ما لم يقطع بتعذر النكاح والتى أبتها لا يقطع بتعذره لجواز أن يتزوجها غيره ثم طلقها الزوج فتزوجها الحالف فهذا لا يقطع بتعذر النكاح عليه فلزمت اليمين كما لو طلقها طلقة ووجه القول الثانى ان نكاحها لا يمكنه الآن فيعتبر بتعذر النكاح عليه حين يمينه والله أعلم (فرع) ومن قال كل ثيب أتزوجها فهى طالق ثم قال كل بكر أتزوجها طالق فروى عيسى عن ابن القاسم لا تلزمه الثانية وروى ابن وهب عن مالك تلزمه اليمينان وجه القول الأول ان اليمين الثانية تمنع الاستمتاع فوجب أن لا يلزمه ووجه القول الثانى ان اليمين الثانية لا تتناول المنع وانما تتناول صنفا من النساء وبنفى الكثير فوجب أن يلزمه كالأول (مسئلة) ومن حلف أن لا يتزوج بالاسكندرية فلا يخلو أن ينويها وعملها أو ينويها خاصة أو لا ينوى شيأ فان نواها وعملها لزمه ذلك وان نواها خاصة ففى كتاب ابن حبيب فيمن حلف بطلاق من يتزوج بالاسكندرية ان نوى الحاضرة لزمه فيمن على مسافة الجمعة قال ابن كنانة وابن الماجشون وأصبغ قالوا وان لم ينو شيأ لزمه فى مسيرة يوم حتى يجاوز أربعين ميلا أو أكثر حد ما تقصر فيه الصلاة وقد قال ابن القاسم استحسن أن يتباعد الى حيث لا تلزمه الجمعة قال أصبغ والقياس أن يتباعد الى حيث تقصر فيه الصلاة اذا خرج فى ظعنه ولا تتم فيه الصلاة اذا قدم والأول استحسان ولو تزوج فى الموضع الذى برز اليه لم تقصر حتى يجاوزه لم أفسخه روى ابن سحنون عن أبيه فى الحالف لا يتزوج من قرطبة لا يلزمه الا فى قرطبة وأرباضها ولو قال بالقيروان لم يلزمه الا فى المدينة نفسها ولو تزوج من منزل العلويين لم يلزمه شئ وجه القول الأول ان من حلف أن لا يتزوج من الاسكندرية فقد حلف أن لا يتزوج امرأة من موضع يقع عليه هذا الاسم وفى حكم ما يقع عليه فاذا لم ينو شيأ كان كل موضع لا تقصر اليه الصلاة من الاسكندرية له حكم الاسكندرية فى ذلك وقد قال أصبغ ان ذلك على وجه التحرى فمن تزوج من موضع مسافة الجمعة لم نفسخه ووجه قول سحنون ان الاسم انما يتناول المصر وأرباضه كقوله تعالى لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام وانما يتناول هذا ما يكون مضافا الى القرية من الارباض المتصلة بها لان

الاسم يتناول جميعها (مسئلة) ومن حلف بطلاق من يتزوجها بالمدينة ففي العتبية عن ابن القاسم لا بأس أن يواعدها بالمدينة ويعقد نكاحها بغيرها ووجه ذلك ان المراعى انعقاد النكاح والنكاح انما انعقد بغير المدينة فلا حنث عليه (فرع) ومن حلف بطلاق من يتزوجها من أهل مصر فتزوج امرأة أبوها مصري وأمها شامية قال ابن أبي حازم يحنث والولد تابع للاب دون الأم وبالله التوفيق (مسئلة) ومن قال كل امرأة أتزوجها حياتي طالق لم يلزمه شئ ولو ضرب لذلك أجلا فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن قال كل امرأة أتزوجها الى عشر سنين أو عشرين سنة طالق ان كان مما يشبه أن يعيش الى مثل ذلك لزمه والا لم يلزمه والتعمير في ذلك تسعون عاما وقال ابن المواز قال ابن القاسم العشرون سنة كثير يتزوج وقال أصبغ بعد تصبر وتعفف وقال أشهب وابن وهب لا يتزوج وان خاف العنت في الثلاثين قال مالك لا يتزوج في الثلاثين الا ان خاف العنت وروى أبو زيد عن ابن القاسم ان قدر أن يتسرى فلا ينكح فان لم يجد فلا ينكح الا أن يخاف العنت فان خاف العنت تزوج ولا شئ عليه وجه قول ابن الماجشون انه انما راعى عمره في الأغلب وما لو زاد عليه لم يمل الى النساء غالبا وذلك تسعون عاما فلذا علق يمينه بمدة تبلغ عمره التسعين فهو بمنزلة من علق يمينه بجميع عمره فلا يلزمه شئ وان قصر عن ذلك وأبقى بعينه مدة من هذا العمر لزمته اليمين ووجه قول ابن القاسم ان مدة العشرين سنة كثير تلحق فيها المشقة ولا تخلو غالبا من العنت وحال نكاحه أولى من الزنا وقد أجازه ابن المسيب وغيره والى نحو هذا ذهب مالك رحمه الله الا انه راعى الثلاثين سنة وان كانت مدة طويلة الا انه لم يعلق الاباحة بخشية العنت دون طول المدة وأما ابن وهب وأشهب فكل واحد منهما علق الحكم على لفظ اليمين دون ما يئول اليه من استيفاء عمره والله أعلم ص ﴿قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت الطالق وكل امرأة أنكحها فهي طالق وماله صدقة ان لم يفعل كذا وكذا فحنث قال أما نساؤه فطلاق كما قال وأما قوله كل امرأة أنكحها فهي طالق فانه اذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة أو أرضا أو نحو هذا فليس يلزمه ذلك وليتزوج ما شاء وأما ماله فيتصدق بثلثه﴾ ش قوله لامرأته أنت الطالق يلزمه ذلك على ما قال لانه مما لا خلاف فيه اذا وقع على هذا الوجه وقوله كل امرأة أنكحها طالق لا يلزم به شئ لما قدمناه ولو حلف بطلاق امرأة ان تزوجها ثم حلف ان تزوج امرأة تميمية فهي طالق وتلك المرأة من تميم فتزوجها قال ابن المواز يقع عليها طلقتان ووجه ذلك ان اليمينين كل واحدة منهما غير الأخرى وكل واحدة منهما تضمنت طلقة فلما حلف بها لزمه طلقتان ويجيء على قول أشهب لا يلزمه فيها غير طلقة واحدة لانها يمين متكررة في غير واحدة كما لو قال لها ان تزوجتك فأنت طالق ثم قال لها مثل ذلك ثانية فتزوجها فانما هي طلقة واحدة

﴿أجل الذي لا يمس امرأته﴾

ص ﴿مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه كان يقول من تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسها فانه تضرب له أجل سنة فان مسها والا فرق بينهما * مالك انه سأل ابن شهاب متى يضرب له الاجل أمن يوم يبني بها أم من يوم ترافعه الى السلطان فقال بل من يوم ترافعه الى السلطان﴾ ش قوله من تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسها ظاهره انه معترض عنها ظن انه يستطيع ذلك فاعترض عنها لان المجبوب الممسوح لا يستعمل فيه ذلك الا أن يكون بمعنى انه ظهر الى الزوجة ذلك منه المؤثر في منع الوطء

* قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت الطالق وكل امرأة أنكحها فهي طالق وماله صدقة ان لم يفعل كذا وكذا فحنث قال أما نساؤه فطلاق كما قال وأما قوله كل امرأة أنكحها فهي طالق فانه اذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة أو أرضا أو نحو هذا فليس يلزمه ذلك وليتزوج ما شاء وأما ماله فليتصدق بثلثه

﴿أجل الذي لا يمس امرأته﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب انه كان يقول من تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسها فانه يضرب له أجل سنة فان مسها والا فرق بينهما * وحدثني عن مالك أنه سأل ابن شهاب متى يضرب له الاجل أمن يوم يبني بها أم من يوم ترافعه الى السلطان فقال بل من يوم ترافعه الى السلطان

قال ابن حبيب الاعتراض والعنة والحصر والخصاء والجب قال القاضي أبو محمد هي أربعة أشياء الاعتراض والعنة والجب والخصاء قال ابن حبيب والمعترض هو بصفة من يأتي النساء وربما جامع بعضهن واعترض عن بعض والعنين قال ابن حبيب لا ينتشر ذكره هو كالأصبع في جسده لا ينقبض ولا ينبسط والحصور انفرد ابن حبيب بذكره وقال هو الذي خلق بغير ذكر أو بذكر صغير كالذر وشبهه لا يمكن به وطء وقال القاضي أبو محمد العنين هو الذي ذكره شديد الصغر لا يمكنه الجماع بمثله ولا يتأتى منه انتشار يولج به لصغره والخصي هو المنتزع الانثيين قال صاحب العين الخصاء سل الانثيين ورجل خصي اذا اشتكى أنثييه وقال أبو عبيد عن أبي زيد الخصاء أن تسل أنثياه سلا فان رضت ولم تخرج فهو الوجء وان شق الصفن فاخرجت فهو المشق فان شقت حتى تسقط فهو العصب والمجبوب المقطوع الذكر قال صاحب العين يقال جببت الصبي اذا استأصلت ماهنالك (مسئلة) وأما العنين والخصي والمجبوب فمن أقر منهم بحاله فللزوجة الخيار في فرقته دون ضرب الأجل لان كل واحد منهم قد أقر بمعنى لا يرجى برؤه وهو مما يوجب الخيار للزوجة لما فيه من عدم الاستمتاع أو بعضه وللزوجة في ذلك حق على وجه ما ولذلك فرق بينهما وبين المولى (مسئلة) ومن أنكر ذلك منهم فقد قال ابن حبيب في الحصور والمجبوب المقطوع ذكره أو ذكره وأنثياه أو مقطوع الخصي خاصة يعتبره نذا بالجس على الثوب ونحوه ووجه ذلك انه يدرك ذلك بالجس من فوق الثوب فيعلم ما يدعي وجوده له من ذلك * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه اذا كان غير مصدق فيه وكان للنساء أن ينظرن الى الفروج فيما يصدق فيه النساء جاز للرجال الشهود أن ينظروا الى هذا اذا كان غير مصدق فيه وهو أبين في الشهادة وأبعد مما يكره ويحظر من الملامسة (مسئلة) وأما المعترض فان أقر بذلك فلا يخلو أن يكون حرا أو عبدا فان كان حرا ضرب له أجل سنة قال ابن المواز عن مالك البكر والثيب في ذلك سواء ولا خلاف بين الصحابة فيما نعلم فانه مروي عن عمر وابن مسعود وغيرهما الارواية عن علي بن أبي طالب لا تثبت وانفرد داود بقوله لا يؤجل للزوج ولا خيار للزوجة وهو محجوج بالاجماع فان برئ في السنة والافرق بينهما ان شاءت ذلك وانما ضرب له أجل سنة لأنها مستوعبة لجميع الفصول الموافقة له والمخالفة فأبيح له أن يتعانى في جميعها ليصل الى المعاناة على الوجه الذي يوافقه مع ما في ذلك من سعة المدة والفسحة لما عسى أن يقع من اعتقال المعاناة وعدم المعاني والمعاني به وفي السنة فسحة للوصول الى ذلك كله والله أعلم وان كان عبدا فقد روى ابن القاسم عن مالك أجله ستة أشهر وقال القاضي أبو محمد اختلف في أجل العبيد فوجه القول بانه سنة اعتباره بالحر ولأن الغرض في ذلك اختباره بتأثير الأزمنة فيه وذلك يستوي فيه الحر والعبد فأشار الى انها مقولة لمالك وبها قال الجمهور ووجه القول بانها ستة أشهر انها مدة تقرب به من الفراق فكان له فيها نصف مدة الحر كمدة الايلاء (فرع) وهذا اذا كان صحيحا فان رفعته وهو مريض فقد روى يحيى ان رفعته وهو مريض فلا يضرب له أجل حتى يصح ووجه ذلك أن عذره ظاهر ولو تعذر عليه الوطء للمرض لم تطلق عليه فلا يضرب له أجل في وقت مرضه (فرع) والسنة في ذلك من يوم ترافعه امرأته الى السلطان قاله ابن المواز عن مالك * قال القاضي أبو الوليد هذه عبارة أصحابنا وتحقيق ذلك عندي أن أول السنة من يوم الحكم بها وذلك ان رفعها الى السلطان لا يوجب لها الحكم الا بعد اقرار الزوج أو اثبات ما يوجب لها وربما كان ذلك في المدة الطويلة فاذا ثبت عند الحاكم ما يوجب ضرب الأجل استأنف ضربه من يوم انفاذ الحكم

والله أعلم (مسئلة) فان وطئ فى أثناء السنة واتفقا على وجود الوطء فلا خيار لها وهما على حكم الزوجية اللازمة فان ادّعى الوطء وأنكرته الزوجة فلا يخلو أن تكون ثيبا أو بكرا فان كانت ثيبا فالقول قول الزوج مع يمينه و به قال أبو حنيفة والشافعى وقد اختلف فى المدنية فى المرأة تدعى على زوجها العجز عن الوطء و ينكر ذلك فأفتى فيها مالك وعبد العزيز بن أبى سلمة بهذا وقال ابن أبى ذئب يخلى معها ويكون عدلان جارحين فان خرج اليهما بقطنة فيها نطفة صدق وقال ابن أبى ذئب يلطخ ذكره بزعفران فاذا فرغ أدخل عليها امرأتان فان وجدتا الزعفران داخل فرجها صدق وروى الوليد بن مسلم عن مالك والاوزاعى انه يخلى معها و بالباب امرأتان فاذا فرغ نظرتا فرجها فان كان فيه منى فهو صادق والا فهو كاذب وقد قال محمد بن عمران يخلى معها ثم يخرج و يلازمها امرأتان فان تطهرت صدق وان لم تغتسل فهى مصدقة فقضى بقول مالك وقال القاضى أبو محمد وجه ما ذهب اليه مالك انها مدعية عليه استحقاق الفراق وهو منكر فوجب أن يكون القول قوله ولأن ذلك موكول الى أمانته *قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والأصل فى هذه المسئلة عندى أنه على السلامة وهى تدعى عيبا يوجب لها نقض عقد قد أقر بصحته وأما اذا أقر بتعذر الوطء عليه ثم ادّعاه بعد ذلك فى الأجل فلو لم يكن هذا موكولا الى أمانته لوجب أن يكون القول قولها (فرع) فان حلف فهما على النكاح اللازم وان نكل أحلفت فان حلفت فلها أن تفارقه وان نكلت بطلت دعواها ولزمها البقاء على الزوجية وروى ابن حبيب عن مالك ان نكل عند الاجل طلقت عليه (فرع) فاذا قلنا تطلق عليه اذا حلفت بعد نكوله فانما تطلق عليه عند انقضاء الأجل ولو نكل قبل الأجل ثم أتى الأجل فادّعى أنه أصاب كان له أن يحلف وليس الحكم الا نكوله قبل الاجل بشئ رواه ابن المواز و وجه ذلك أن له أن يتربص عليه الى الاجل فلا معنى لاستحلافه قبل الاجل لانه ان أصابه قبل الاجل لم يضره عجزه قبل استحلافه ولم ينقض الاجل (مسئلة) وأما البكر فقد قال القاضى أبو محمد فيها روايتان احداهما انها كالثيب والاخرى ان ينظر اليها النساء فان قلن بها أثر اصابة فالقول قوله وان قلن انها على حال البكارة صدقت عليه و بهذا قال أبو حنيفة والشافعى وجه الرواية الاولى و بها قال ابن القاسم أن هذه زوجة ادّعت العنة على الزوج فكان القول قوله كالثيب و وجه الرواية الثانية ان لنافى البكر طريقا الى معرفة صدق الصادق منهما فكان ذلك أولى من الرجوع الى أمانته (مسئلة) فان انقضت السنة وأقر بعدم الوطء كان لها الخيار فى أن تقيم عنده أو تفارقه فان أقامت عنده ثم أرادت الفراق ففى كتاب محمد اذا اصبرت عند تمام الاجل ولم تقم ثم أرادت القيام فلها ذلك وكذلك روى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية واختلفا فروى محمد توقف مكانه بغير ضرب أجل وليس لها هى أن تفارق دون اذن السلطان قاله ابن حبيب وروى أبو زيد عن ابن القاسم أن لها أن تطلق نفسها متى شاءت بغير اذن من السلطان وجه القول الاول انه أمر مختلف فيه فلا بد من حاكم يحكم بصحته لاسيما وليس طلاقه بلازم وانما هو اختيار بما تركته و وجه القول الثانى أن الحاكم لما ضرب الاجل فقد حكم بما يؤول اليه وأخذه به وهذا لانها لم تحكم بصحة بقائها معه ولا وجد منها تصريح بالرضى به ولو أظهرت الصبر عليه ففى الواضحة اذا اصبرت امرأة العنين يريد المعترض ثم بدا لها فان كان بحدثان ما رضيت لامر وقع بينهما فليس لها ذلك وان بدا لها بعد زمان قالت رجوت أن لا يتمادى به فذلك لها ولو صبرت على العنين أو الحصور ولم يكن لها بعد ذلك خيار (مسئلة) والطلاق فى ذلك طلقة بائنة ولا رجعة له وان قال قد انطلقت يريد

اذا ادّعى الانطلاق بعد الطلاق لانه طلاق بأن تبع النكاح من الاصابة (مسئلة) وهذا اذا كان صحيحا فان كان مريضا عند انقضاء الاجل أو مسجونا أوهى مريضة أوحائض ففى كتاب محمد عن ابن القاسم يفرق بينهما ولا ينتظر رواه يحيى عن ابن القاسم وقال عبد الملك ينتظر به واختاره ابن المواز وجه قول ابن القاسم ان هذا أجل ضرب به الحاكم لثبوت الاختيار لها دون امتناع معلوم من جهته فوجب أن يثبت لها الخيار بانقضائه لان الحكم تناول انقضاءه كما تناول ابتداءه ولذلك فرق يحيى فى روايته بين أول الأجل وآخره فقال لا تضرب الآجال على المرض وتطلق عليه عند انقضائه وان كان مريضا ووجه قول أشهب انه أجل ضرب للاصابة فاذا انقضى لم يعجله له مع وجود مانع كأشهر المولى (مسئلة) ولو انقطع ذكره قبل انقضاء الأجل قال ابن القاسم فى كتاب محمد يعجل لها الطلاق حينئذ ولا ينتظر تمام السنة رواه عيسى عنه وروى محمد عن أشهب وعبد الملك وأصبغ وغيره لا فراق فى شئ من ذلك ولا حجة لها وجه القول الأول انه قد حكم عليه بالفراق لعدم الوطء فاذا قطع ذكره وتعذر الوطء كان بمنزلة من اطلع على انه مجبوب فعجل الفراق ووجه القول الثانى ان هذا أمر طارئ عليه فى مدة الأجل فوجب أن يبطل الأجل ويثبت النكاح كالمولى يقطع ذكره فى أشهر الأجل وقد أجمعوا على ان الأجل يبطل وتثبت الزوجية (مسئلة) وحكم ايقاع الطلاق أن يؤمر الزوج بايقاعه فيوقع منه ماشاء فان امتنع من ايقاعه فان الحاكم يفسخ نكاحه بطلاق خلافا للشافعى ووجه ذلك انه فسخ مجتهد فيه ليس بغالب ولا أوجبه فساد عقد فكان طلاقا كما لو أوقعه الزوج كالفرقة باعتبار الصداق والنفقة هذا الذى ذكره القاضى أبو محمد * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والاظهر عندى انها فرقة يلزم الزوج ايقاعها لحق الزوجية فاذا لم يوقعها حكم عليه بها السلطان فكانت طلقة كفرقة المولى (مسئلة) وانما يوقع الحاكم عليه طلقة واحدة تكون بائنة لانها قبل الدخول فلا رجعة فيها ولا حاجة لاحد الى ايقاع أكثر منها مع ان الزائد على الواحدة ممنوع فان أوقع أكثر من ذلك فيتخرج فيه القول على ماتقدم من الخلاف والله أعلم (فرع) فاذا فرق بينهما بعد انقضاء الأجل ففى الموازية روى أشهب عن مالك ان ضرب لها الأجل بقرب البناء فلها نصف الصداق وقد قال مالك مرة لها جميعه وبه أخذ ابن القاسم قال أشهب عن مالك وان رفعته بعد طول مدة ثم فرق بينهما بعد انقضاء الأجل فلها الصداق كله وجه القول الأول وبه أخذ ابن عبد الحكم ان استيفاء عوض المهر فى النكاح يكون على وجهين أحدهما الجماع وذلك يكون بالتقاء الختانين والثانى الاستمتاع بالزوجة وجهازها على وجه المكارمة والمراضاة ولذلك تستحق زوجة المجبوب عليه جميع مهرها اذا طلقها بعد البناء بها فاذا لم يمكن فى حق غير المجبوب الوطء جاز أن يكون الاستيفاء بالاستمتاع بالزوجة وجهازها على الوجه المذكور ويجب أن يكون ذلك فى طويل المدة دون قصيرها لانه لا خلاف أن ذلك لا يستوفى فى الساعة ولا فى اليوم ولا يعتبر فى طويل المدة بالسنة المضر وبه لاختيار الزوج لانه ليس مقتضاها المكارمة والمراضاة وانما مقتضاها المشاحة وطلب الزوجة المفارقة وانما يعتبر فى طول المدة بما مضى قبل أن ترفعه الى الحاكم لما ذكرناه فان طالت بقدر ما يكون فيها استمتاع الزوج بالزوجة وجهازها كان لها جميع المهر لانه قد وجد منها البدل ووجد منه أحد نوعى الاستيفاء وان قصرت عن ذلك لم يكن لها الا نصف الصداق لانه لم يوجد منها نوع من الاستيفاء ووجه القول الثانى انه قد وجد منه الاستمتاع بالزوجة وجهازها فكان لها جميع الصداق كما لو طالت المدة قبل التحاكم فى ذلك والله أعلم

(فصل) فأما المجنون فقد روى محمد عن مالك للمرأة أن ترد الرجل بما يضرها به من الجنون والجذام والبرص وذلك انه على وجهين أحدهما أن يكون الجنون به حين العقد فغرها من نفسه فاختارت الطلاق فان كان دخل بها فلها الصداق وان لم يبن بها فلا شئ لها ووجه ذلك انه اذا غرها من نفسه بالعنة كان لها الخيار وهذا أبين ضررا فبان يجب لها الخيار به أولى فان كان حدث به ذلك بعد العقد فعلى حسب ذلك ان كان قبل البناء فلها أن تطلق نفسها ولا شئ لها وان كان بعده فلها جميع الصداق رواه أشهب عن مالك وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فى المجنون سواء كان جنون افاقة أو مطبق ان كان يؤذيها ويخاف عليها منه حيل بينهما وأجل سنة ينفق عليها من ماله فان برأ والا فهى بالخيار وان كان يعفها من نفسه ولا تخاف منه فى خلوته بها فلا حجة لها وقال نحوه أشهب ووجه ذلك ان هذا ليس بمعنى مؤثر فى الاستمتاع فاذا أعفاها من نفسه ولم يخف منه عليها فلا خيار لها وأشار ابن حبيب الى التفرقة بين الجنون الموجود حين العقد والحادث بعده فقال فيمن زوج ابنه صغيرا فلما بلغ ظهر أنه أحمق مطبق فأرادت هى أو ولى الصغيرة الفسخ وقالت كان الجنون به قديما وبالبلوغ ظهر فهذا لا يعرف وهو على انه حادث (فرع) فاذا قلنا يفرق بينهما فى الجنون ضرب له أجل سنة يتعالج فيها وقد قال مالك يحبس فى حديد أو غيره ان خيف عليها منه وهذا فى الذى يخاف عليها منه وهى مع ذلك لا تستوحش من مجالسته ويخاف عليها من ذلك اذى فان عندى انه يفرق بينهما فان برأ المجنون فى السنة قال مالك فان برأ والا فهى بالخيار ووجه ذلك ما قدمناه (فرع) والموسوس والذى يغيب مرة بعد مرة سواء رواه ابن المواز قال وقد قال مالك يؤجل الموسوس سنة ووجه ذلك ان هذه معان يعدم معها العقل والميز فاشبهت الجنون (مسئلة) وأما الجذام فقد تقدم من قول مالك ان لها الخيار فى الجذام وكذلك ان حدث به ووجه ذلك ما قدمناه من انه معنى منع الاستمتاع (فرع) ومقدار الجذام الذى يوجب لها الخيار قال أشهب ليس له حد الا أن يكون بشعا حسا لا يحتمل النظر اليه وتغض الابصار دونه فلها الخيار وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب انه اذا كان بالرجل جذام لا شك فيه وان لم يكن مؤذيا ولا فاحشا فليفرق بينهن ان طلبت ذلك لانه لا تؤمن زيادته وأما الخفى الذى يشك فيه ولا يعرف انه جذام فلا يفرق بينهما وجه القول الأول انه لا يمنع نفس الاستمتاع وانما يلزمه فاذا لم يكن فيه أذى ولا مضرة من قبحه فلا خيار لها ووجه القول الثانى ان النفوس مجبولة على كراهته والنفار ممن هو به وذلك يمنع النشاط الى الاستمتاع والانبساط اليه فاقتضى ذلك منع الاستمتاع كما لو كان الجذام بالمرأة والله أعلم (فرع) ولو شاءت المقام معه ثم قامت بعد سنين فقد قال أشهب فى التى لها الخيار بقبح جذام زوجها فشاءت المقام ثم بدا لها فذلك لها وروى عن ابن القاسم ابن المواز ان الامام اذا خير زوجة الأجذم فاختارت المقام ثم قامت بعد سنين لا حجة لها اذا كان رضاها عند السلطان أو غيره اذا أشهدت الا أن يتزايد أمره وروى عنه عيسى انه قال لا حجة لها اذا قالت ظننت انه سيذهب ووجه قول أشهب ان هذا أمر يشتد ضرره ويتزايد أمره ولا يكاد يثبت على حالة واحدة ووجه قول ابن القاسم انها اذا رضيت المقام معه عند السلطان لزمها لان السلطان قد حكم باسقاط خيارها والله أعلم

(فصل) وأما البرص فقد تقدم من رواية ابن المواز عن مالك ان للمرأة أن ترد الرجل بما يردها به من الجنون والجذام والبرص وهذا فيما غرها به وما حدث بالرجل من جنون أو جذام أو برص فلها الخيار

قال مالك وليس حدوث البرص الشديد بمثل ذلك ولا سمعت أحدا فرق فيه ولا أرى ذلك وروى عنه أشهب لا يفرق فيه وان غرها فعلى هذا عن مالك فى التى يغرها زوجها روايتان احداهما اثبات الخيار لها وبها قال ابن القاسم وابن عبد الحكم والثانية نفيه وفى الذى يحدث به رواية واحدة فى نفى الخيار قال ابن القاسم وان كان ما حدث منه شديدا وروى عيسى عن ابن القاسم فى الذى يحدث به من البرص ما خف منه فلا خيار لها وما فيه ضرر لا تصبر عليه فلها الخيار به وقال القاضى أبو محمد واختلف عنه فى البرص اذا غر به والصحيح انه يثبت لها فيه الخيار والدليل على ذلك قوله تعالى ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ولانه معنى يؤثر فى الاستمتاع للزوج الخيار به اذا كان بالزوجة فكان للزوجة الخيار اذا كان بالزوج كالجذام فذهب القاضى أبو محمد الى اثبات الخيار لها بهذه العيوب كلها كانت موجودة حين العقد أو نبتت بعده والفرق بين ما يحدث من ذلك بالزوجة وبين ما يحدث بالزوج ان الزوج يقدر على رفع العقد بالطلاق والزوجة لا تقدر على ذلك فلو لم يثبت لها الخيار لأدى الى استدامة الضرر وما قاله القاضى أبو محمد يقتضى ان حق المرأة فى ثبوت الخيار لها بما حدث بالزوج من ذلك آكد من حق الزوج مما يثبت بالمرأة وهو ظاهر والله أعلم (فرق) والفرق بين ما يوجد منه حين العقد وبين ما يحدث بعد ذلك على رواية من فرق بينهما انه فى الذى كان موجودا به قاصدا الى الخديعة والاضرار بها والذى حدث ذلك به بعد العقد غير قاصد اليه بما حدث بها منه بعد العقد وانما يكون له أن يطلق قبل البناء بها ولها نصف الصداق ولها بعد البناء جميعه ولو كان ذلك بها عند العقد لكان له قبل البناء أن يفارقها ولا شئ عليه من الصداق وأما من فرق بين كثير ما حدث منه وقليله ولم يذكر ذلك فيما كان منه عند العقد فانما أثبت لها الخيار فى كثير من أجل استدامة الضرر ويلزم على هذا انها اذا رضيت به كان لها القيام به لانه ليس من وجه العنة وانما هو من وجه الضرر والله أعلم ص ﴿ قال مالك فأما الذى قد مس امرأته ثم اعترض عنها فانى لم أسمع انه يضرب له أجل ولا يفرق بينهما ﴾ ش وهذا على ما قال ان من مس امرأته ولو مرة واحدة ثم اعترض عنها فانه لا يضرب له أجل ولا يفرق بينهما ولا حجة لها عليه فى ذلك وعلى هذا فقهاء الأمصار غير أبى ثور فانه قال يؤجل وهو محجوج بالاجماع قبله ولان الملامسة الواحدة يكمل بها الصداق فيبطل بها حكم الاعتراض لانها بمنزلة استيفاء الاستمتاع أجمع اذا منع منه فى المستقبل عذر كالموت أحد الزوجين والله أعلم

﴿ جامع الطلاق ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب انه قال بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من ثقيف أسلم وعنده عشر نسوة حين أسلم الثقفى أمسك منهن أربعا وفارق سائرهن ﴾ ش قد روى عنه صلى الله عليه وسلم انه أمر غيلان بن سلمة الثقفى الذى أسلم وعنده عشر نسوة أن يمسك منهن أربعا ويفارق سائرهن ولم يحد له امساك الأوائل ولا غيرهن وذلك يقتضى انه خير فى أن يمسك من شاء منهن ويفارق سائرهن وبذلك قال مالك والليث والشافعى وكذلك لو كانت تحته أختان لكان له أن يختار أيتهما شاء وسواء تزوجهما فى عقد واحد أو عقود مختلفة وقال أبو حنيفة ليس له أن يمسك الا الأوائل فان تزوجهن فى عقد واحد فرق بينه وبينهن ثم تزوج من شاء منهن وبه قال الثورى والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك الحديث المتقدم ولم يسئله عن صفة نكاحهن وهو موضع حكم والسؤال

* قال مالك فاما الذى قد مس امرأته ثم اعترض عنها فانى لم أسمع أنه يضرب له أجل ولا يفرق بينهما

﴿ جامع الطلاق ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب أنه قال بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من ثقيف أسلم وعنده عشر نسوة حين أسلم الثقفى أمسك منهن أربعا وفارق سائرهن

عن أسبابه مع أن الغالب انه لايتزوجهن فى عقد واحد والله أعلم (مسئلة) وهذا مبنى على أن أنكحة الكفار فاسدة لعروها عن شروط الصحة لكن ان كان الفساد يقارن العقد فقط فذلك الذى يصححه الاسلام فان كان يبقى بعد العقد وأدركه الاسلام بطل النكاح وان انقضى قبل الاسلام صححه الاسلام وذلك مثل أن تنكح المرأة فى عدتها ثم تسلم وهى فى عدتها فقد قال ابن القاسم يفسخ النكاح قال أشهب وان لم يكن بنى بها ولو وطئ بعد اسلامه فى العدة لم تحل له أبدا وكذلك من تزوج على سنة المتعة فأسلم قبل الأجل فسخ نكاحه ولو أسلم بعد الأجل ثبت نكاحه بنى أو لم يبن قاله أشهب وذلك كله من كتاب أحمد ووجهه ماتقدم (مسئلة) ومن أسلم وعنده عشر نسوة فلم يختر منهن حتى مات قال محمد سمعت من قال انهن يرثن منه الثمن مع الولد والربع مع عدمه ومن دخل بها منهن فلها صداقها ومن لم يبن بها فلها خمسا صداقها قال محمد لانه لم يكن عليه ان لم يدخل بها الاصداق أربع يقسم ذلك بينهن والله أعلم (مسئلة) ولو طلق أربعا من العشرة فقد قال محمد بن عبدوس ليس له أن يختار من العشر غير الأربعة لان طلاقه للاربع اختيار لمن طلق وبالطلاق وقع على المطلقات ووجه ذلك ان الطلاق انما يقع فى نكاح وانما يتعلق بالزوجة فاذا وجه الطلاق اليها فقد اختارها زوجة فاذا استوعب أربعة بالطلاق فقد استوعب من كان له أن يختار ولا سبيل له الى سائرهن الا بنكاح جديد كما لو اختار أربعا ثم طلقهن ص * مالك عن ابن شهاب انه قال سمعت سعيد بن المسيب وحميد بن عبد الرحمن بن عوف وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان ابن يسار كلهم يقول سمعت أباهريرة يقول سمعت عمر بن الخطاب يقول أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجا غيره فيموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول فانها تكون عنده على مابقى من طلاقها * قال مالك وعلى ذلك السنة عندنا التى لا اختلاف فيها * ش قول عمر رضى الله عنه أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين يريد مالم يستوعب الثلاث ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجا غيره فيموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها الأول فانها عنده على مابقى من طلاقها يريد ان كان طلقها قبل أن يتزوجها الثانى طلقة فانها اذا رجعت اليه تكون عنده على طلقتين فان كان طلقها طلقتين قبل الثانى فانها اذا رجعت للاول لايبقى له فيها الا طلقة واحدة لان الزوج لايهدم من الطلاق الا الثلاث فأما الطلقة والطلقتان فلا يهدمها الزوج وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة يهدم الطلقة والطلقتين واذا رجعت الى الأول بعد ان طلقها طلقة أو طلقتين فانها تكون عنده على جميع الطلاق كما لو طلقها ثلاثا ثم رجعت اليه بعد زوج ص * مالك عن ثابت بن الأحنف أنه تزوج أم ولد لعبد الرحمن بن زيد بن الخطاب قال فدعانى عبد الله بن عبد الرحمن ابن زيد بن الخطاب فجئته فدخلت عليه فاذا سياط موضوعة واذا قيدان من حديد وعبدان له قد أجلسهما فقال طلقها والا والذى يحلف به فعلت بك كذا وكذا قال فقلت هى الطلاق ألفا قال فخرجت من عنده فأدركت عبد الله بن عمر بطريق مكة قال فأخبرته بالذى كان من شأنى فتغيظ عبد الله وقال ليس ذلك بطلاق وانها لم تحرم عليك فارجع الى أهلك قال فلم تقررنى نفسى حتى أتيت عبد الله بن الزبير وهو يومئذ بمكة أمير عليها فأخبرته بالذى كان من شأنى وبالذى قال لى عبد الله ابن عمر قال فقال لى عبد الله بن الزبير لم تحرم عليك فارجع الى أهلك وكتب الى جابر بن الأسود

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب أنه قال سمعت سعيد بن المسيب وحميد بن عبد الرحمن ابن عوف وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار كلهم يقول سمعت أبا هريرة يقول سمعت عمر بن الخطاب يقول أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجا غيره فيموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الاول فانها تكون عنده على مابقى من طلاقها قال مالك وعلى ذلك السنة عندنا التى لا اختلاف فيها * وحدثنى عن مالك عن ثابت بن الاحنف أنه تزوج أم ولد لعبد الرحمن بن زيد ابن الخطاب قال فدعانى عبد الله بن عبد الرحمن ابن زيد بن الخطاب فجئته فدخلت عليه فاذا سياط موضوعة واذا قيدان من حديد وعبدان له قد أجلسهما فقال طلقها والا والذى يحلف به فعلت بك كذا وكذا قال فقلت هى الطلاق ألفا قال فخرجت من عنده فادركت عبد الله بن عمر بطريق مكة فاخبرته بالذى كان من شأنى فتغيظ عبد الله وقال ليس ذلك بطلاق وانها لم تحرم عليك فارجع الى أهلك قال فلم تقررنى نفسى حتى أتيت عبد الله بن الزبير وهو يومئذ بمكة أمير عليها فاخبرته بالذى كان من شأنى وبالذى قال لى عبد الله بن عمر قال فقال لى عبد الله بن الزبير لم تحرم عليك فارجع الى أهلك وكتب الى جابر بن الاسود

الزهري وهو أمير المدينة يأمره أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمن وأن يخلي بيني وبين أهلي قال فقدمت المدينة فجهزت صفية امرأة عبد الله بن عمر امرأتي حتى أدخلتها علي بعلم عبد الله بن عمر ثم دعوت عبد الله بن عمر يوم عرسي الى وليمتي فجاءني ﴾ ش قوله فدخلت عليه فاذا أسياط موضوعة وقيدان من حديد وعبدان يقتضي مع كمال الحديث أن هذا كان عند عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير مما يقع به الاكراه الذي يمنع وقوع الطلاق ورو ى ابن المواز أن التهديد بالضرب وان قل وأن السجن اكراه وكذلك أخذ بعض المال وقال فيمن مر بعشار فقال في أمة هي له حرة لا شئ عليه وروى عيسى عن ابن القاسم في يمين المكره ان كان لم يحلف فلا شئ عليه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي أن يكون يعلم أن الحالف يقدر على ذلك وانه ممن لا ينزع عنه وليس من شروطه أن لا يتحقق ذلك أن لا يسرع فيه وعلى هذا يدل حديث ثابت بن الأحنف

(فصل) وقوله فقال طلقها والا والذي يحلف به فعلت بك كذا وكذا فقلت هي الطلاق ألفا يقتضي انه طلقها مكرها وقد أفتاه عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير بان ذلك لا يلزمه وهو المعروف من قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزم المكره طلاقه وبه قال النخعي والشعبي ويروى عن سعيد بن المسيب والدليل على ما نقوله ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا طلاق في اغلاق والاغلاق الاكراه ومن جهة المعنى ان هذا الطلاق لو أقر به لم يلزمه فاذا أوقعه لم يلزمه كطلاق المجنون (مسئلة) اذا ثبت ذلك فسواء أكره على ايقاع الطلاق أو الاقرار به أو اليمين به أو الحنث في يمين لزمت به كل ذلك لا يلزمه لانه معنى يتضمن الطلاق فلم يلزم بالاكراه كالاقرار

(فصل) وقوله ثم دعوت عبد الله بن عمر الى وليمتي فجاءني يقتضي بقاءه على ما أفتاه به من أن المكره لا يلزمه طلاق ولذلك حضر وليمة بنائه بها مع علمه بانه قد كان طلقها مكرها وكتب عبد الله ابن الزبير الى جابر بن الأسود يأمره أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمن لما كان من تعديه على ثابت وظلمه له وان كان ما ألجأه اليه من الطلاق لا يلزمه وهذا هو الواجب على من اليه شئ من أمور المسلمين أن ينصف ضعيفهم من قويهم والله الموفق للصواب ص ﴿ مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال سمعت عبد الله بن عمر قرأ يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لقبل عدتهن قال مالك يعني بذلك أن يطلق في كل طهر مرة ﴾ ش قوله فطلقوهن لقبل عدتهن يحتمل أن يريد به انه سمعه يورد ذلك على سبيل التفسير فأما القراءة فلا تكون الا على ما تضمنه المصحف ومعنى قوله لقبل عدتهن أن يطلقها طاهرا فتلك المدة التي تستقبل بها العدة يريد أن تبدأ فيها وهو قريب من معنى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لان معنى ذلك أن تطلق في حالة تعتد بها ولا خلاف انه لا يجوز الطلاق في حال الحيض فثبت ان الأمر بالطلاق تناول حال الطهر وثبت بذلك ان زمن الطهر هو الذي يقع الاعتداد به وهو الذي تستقبل العدة به وقوله عن مالك ان معنى ذلك أن يطلق في كل طهر مرة مما انفرد به يحيي بن يحيي وقد أنكرت هذه الرواية على يحيي بن يحيي وقيل انها مخالفة لمذهب مالك رحمه الله لان طلاق السنة عنده أن يطلق طلقة في كل طهر أي في أي طهر سأله أن يبتدئ به الطلاق ويوقعه مرة واحدة لا يتبعها في ذلك الطهر طلقة ثانية وليس في ذلك الطلاق ايقاع طلاق في الطهر الثاني ولا المنع منه لان الامر جهته التعلق بالعموم ولا يجوز لمن تأول ذلك التعلق بالعموم لانه لا يجوز عنده أن يطلق في طهر قد مس فيه والله أعلم

الزهري وهو أمير المدينة يأمره أن يعاقب عبد الله ابن عبد الرحمن وأن يخلي بيني وبين أهلي قال فقدمت المدينة فجهزت صفية امرأة عبد الله بن عمر امرأتي حتى أدخلتها علي بعلم عبد الله بن عمر ثم دعوت عبد الله بن عمر يوم عرسي لوليمتي فجاءني * وحدثني عن مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال سمعت عبد الله بن عمر قرأ يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لقبل عدتهن * قال مالك يعني بذلك أن يطلق في كل طهر مرة

ص * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال كان الرجل اذا طلق امرأته ثم ارتجعها قبل أن تنقضي عدتها كان ذلك له وان طلقها ألف مرة فعمد رجل الى امرأته فطلقها حتى اذا شارفت انقضاء عدتها راجعها ثم طلقها ثم قال والله لا آويك الى ولا تحلين أبدا فأنزل الله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فاستقبل الناس الطلاق جديدا من يومئذ من كان طلق منهم أو لم يطلق * مالك عن ثور بن زيد الديلي ان الرجل كان يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بها ولا يريد امساكها كيما تطول بذلك عليها العدة ليضارها فأنزل الله تبارك وتعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه يعظهم الله بذلك * ش الآية الأولى نزلت في تقدير الطلاق وما للرجل منه وانه ليس له من ذلك الا طلقتان تعقبهما رجعة وطلقة ثالثة لا رجعة بعدها فقطع بذلك تبارك وتعالى ضرر من كان يستديم الطلاق والارتجاع بمنع بذلك الزوجة من أن تحل لغيره ولا يعيدها هو الى حال الزوجية التي يقتضيها عقد النكاح من الامساك بالمعروف وقصد المواصلة فقدر الله تعالى بهذه الآية أن جميع ما للزوج في المرأة ثلاث تطليقات فاذا استوعبها في كلمة أو كلمات ووقت واحد أو أوقات لم يبق له فيها رجعة ولا كان له أن يمنعها من نكاح غيره اذا انقضت عدتها ومعنى الآية ان الطلاق الرجعي مرتان ويحتمل أن يكون المراد بقوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ان هذا حكم الطلاق الرجعي وهذا للزوج وله أن يمسكها باحسان يريد والله أعلم على المواصلة والمقصود بالزوجية لا ليضارها ويطول عليها بالرجعة عدتها ولذلك قال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ويريد في تطويل العدة عليهن أو يسرحها باحسان ان لم تكن له بها حاجة فان طلقها بعد ذلك فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره يريد والله أعلم الطلقة الثالثة

(فصل) وقوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا نهاهم الله بهذه الآية عن أن يكون الارتجاع الذي أبيح لهم على وجه الاضرار وأعلمهم انه وان كان قد ينفذ فيه حكمهم فانهم قد أمروا بايقاعه على وجه المعروف دون الاضرار فمن أوقعه على وجه الاضرار فقد ظلم نفسه فتناولته الآية الأولى غير ما تناولته الآية الثانية والله أعلم ص * مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن طلاق السكران فقالا اذا طلق السكران جاز طلاقه وان قتل قتل به قال مالك وعلى ذلك الامر عندنا * ش قولهما اذا طلق السكران جاز طلاقه وهو مذهب عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب والنخعي والشعبي وابن سيرين وأكثر الفقهاء وبه قال مالك وأبو حنيفة والاوزاعي والثوري وللشافعي في ذلك قولان أحدهما يلزمه الطلاق وعليه أكثر أصحابه والثاني لا يلزمه وبه قال المزني وروى ذلك عن عثمان بن عفان وربيعة ويحيى بن سعيد الانصاري والدليل على ما نقوله ان كل من لزمه القطع بالسرقة والقصاص في القتل لزمه الطلاق أصل ذلك الصحيح ولا خلاف في الزامه القطع بالسرقة الا ما روي عن عثمان الليثي وليس ممن يعتد بخلافه وهو محجوج بالاجماع قبله وأما القصاص في القتل فلا خلاف فيه * قال القاضي أبو الوليد أيده الله والذي عندي في هذا أن السكران المذكور لا يذهب عقله جملة وانما يتغير مع صحة قصده الى ما يقصده ولذلك يقتص منه في القتل ولا خلاف فيه وأما لو بلغ الى حد أن يغمى عليه ولا يبقى له عقل جملة فهذا لا يصح منه تطليق اذا بلغ هذه الحالة ولا يتهيأ منه ضرب ولا قصد الى قتل ولا غيره وانما تكلم الفقهاء على المعتاد من سكر الخمر لان سكر الخمر ليس بمنزلة الجنون الذي يذهب العقل جملة وانما يتغير العقل تغييرا يجتريء به على معان لا يجتريء عليها صاحيا كالسفيه ولو علم انه بلغ حد الاغماء لما اقتص منه ولا لزمه طلاق ولا غيره كسائر من أغمي عليه

* وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال كان الرجل اذا طلق امرأته ثم ارتجعها قبل أن تنقضي عدتها كان ذلك له وان طلقها ألف مرة فعمد رجل الى امرأته فطلقها حتى اذا شارفت انقضاء عدتها راجعها ثم طلقها ثم قال لا والله لا آويك الى ولا تحلين أبدا فأنزل الله تبارك وتعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فاستقبل الناس الطلاق جديدا من يومئذ من كان طلق منهم أو لم يطلق * وحدثني عن مالك عن ثور بن زيد الديلي أن الرجل كان يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بها ولا يريد امساكها كيما تطول بذلك عليها العدة ليضارها فأنزل الله تبارك وتعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه يعظهم الله بذلك * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن طلاق السكران فقالا اذا طلق السكران جاز طلاقه وان قتل قتل به قال مالك وعلى ذلك الامر عندنا

(فرع) وأما من سقى السكران ثم حلف بطلاق أو غيره فقد قال أصبغ في العتبية لا يلزمه شئ وهو كالبرسام وهو لم يدخله على نفسه ولو قصد شربه على وجه الدواء والعلاج فأصابه ما بلغ ذلك منه فلا شئ عليه وليس كشارب الخمر ومعنى ذلك ان شرب السكران يذهب العقل و يجعل صاحبه كالمبرسم وقال ذلك في المريض يطلق في هذيانه لا يلزمه ولو طلق وقد ذهب عقله من المرض ثم صح فانكر ذلك حلف ولم يلزمه وأما شارب الخمر فلتذ بسكره ومعناه الاجترا على المعاصي وتشعب الامانى مع بقاء كثير من الميز الذى يلزمه به القصاص والحدود ولم يختلف أصحابنا فى أن الحدود والطلاق تلزمه وأما ما لم يتعلق بتحريم ولا كان فيه عتق كالبيع والنكاح والهبة والصدقة وعطيته وانكاح ابنته واقراره بالدين قال سحنون لا يجوز شئ من ذلك وهو ظاهر قول مالك وقال ابن نافع يجوز عليه كل شئ كالبيع وغيره ووجه قول مالك ان أقل أحواله حال سكره انه سفيه فلا يلزمه شئ من ذلك كما لا يلزم السفيه ووجه قول سحنون ان هذه حقوق لازمة كالطلاق والحدود ووجه قول ابن نافع أن من ليس محجورا عليه ومعه من الميز ما يجب عليه به القصاص فانه يلزمه سائر أفعاله كالصاحى وأما وصيته فقد قال سحنون ما كان منها له الرجوع فيه فلا يجوز عليه وما لم يكن له الرجوع كالعتق المبتل فهو لازم ثم رجع سحنون بالعشى فقال تلزمه وصيته بالعتق ووصيته لقوم ولا يكون أسوأ حالا من الصبي والسفيه تجوز وصيتهما فالسكران أحرى أن تجوز وصيته وانما لم يلزمه البيع لانه لا يلزم الصبي ولا السفيه ص ﴿ مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب كان يقول اذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا ﴾ ش قوله اذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما يقتضى ان لها عليه نفقة لازمة تقابل استحقاقه لاستدامة نكاحها والاصل فى ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ومن جهة المعنى ما قدمناه من أن النفقة فى مقابلة استدامة الاستمتاع ولا خلاف فى ذلك وفى هذا أربعة أبواب * أحدها فى ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الازواج * والباب الثانى فيما يسقط به النفقة من طلاق بائن أو نشوز * والباب الثالث فى قدر النفقة وصفتها * والباب الرابع فيما يجب من الخيار بالاعسار عن ذلك

(الباب الاول فى ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الأزواج)

تجب النفقة على الزوج الحر لزوجته الحرة ما دامت الزوجية بينهما باقية ولم يكن من قبلها نشوز وذلك اذا دخل بها أو دعى الى الدخول بها وكانا جميعا من أهل الاستمتاع وهو أن يكون الزوج بالغا وتكون هى ممن يستمتع بمثلها ويمكن وطؤها وان لم يبلغ فان كان الزوج ممن لم يبلغ أو كانت هى ممن لا يمكن وطؤها لصغرها فلا نفقة لها خلافا للشافعي فى ترك اعتبار ذلك فى أحد قوليه ووجه ذلك ان الاستمتاع غير متأت منها فلم تستحق العوض من النفقة كالمطلقة البائنة (مسئلة) وهذا اذا كان الزوجان موسرين فان كان معسرا فلا تلزمه نفقة لقوله تعالى لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا فان أيسر بعد ذلك لم يتبع بما أنفقته على نفسها حال اعساره ووجه ذلك انه حق لا يتعلق بذمة الزوج وانما يتعلق بماله فلا يلزمه اذا أيسر (مسئلة) فان كان موسرا وأراد السفر نظر الى قدر سفره فوضع لها من النفقة بقدر ذلك أو أقام حميلا قاله ابن المواز وهو مذهب ابن القاسم وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون ليس لها عليه حميل بالنفقة ووجه القول الاول انه اذا غاب تعذر عليها تحصيل النفقة من جهته فكان عليه أن يترك من النفقة بقدر ما يرى من جهة

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول اذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا

سفره كالذى عليه الدين يريد سفرا يقتضى حلول أجله قبل ايابه فعليه أن يوجه وجها لقضائه ووجه القول الثانى ان هذه نفقة زوجة فلم يجب على الزوج توثقة بها كالحاضر المقيم معها (مسئلة) واذا غاب الزوج موسرا واحتاجت الزوجة الى نفقة فلا يخلو أن تنفق على نفسها لترجع عليه أو ترفع ذلك الى السلطان فان أنفقت على نفسها ثم قدم زوجها فاقر بذلك دفع اليها ما أنفقته الا أن يكون أكثر مما يفرض لمثلها على مثله فله أن يمنع الزائد على ذلك وان مانعها فى ذلك فلا يخلو ان تدعى انه أوصل اليها ما أنفقته وان كان معسرا مدة غيبته فان ادعى انه أوصل اليها فان كانت لم تشهد فالقول قوله لان الظاهر ان ما فى بيته من نفقة وما أشبهها له وان كانت أشهدت على ذلك أهل محلها وجيرانها فلما قدم زعم انه خلف النفقة أو بعث بها ووصلت ففى العتبية وكتاب محمد عن ابن القاسم يحلف الزوج ويصدق كالحاضر ووجه ذلك انه لم يتقدم فى ذلك قضاء عليه ولا أمر من الحاكم لها بالانفاق على نفسها فلما عريت قصتها من حكم حاكم لم يؤثر فى ذلك الاشهاد (مسئلة) وان كانت رفعت ذلك الى حاكم من الحكام فقد قال ابن القاسم ان القول لها من يوم رفعت ذلك وقاله أصبغ ورآه كالحكم لها ووجه ذلك انها رفعت ذلك الى الحاكم ونظر فى أمره ولم يجد له مالا وأباح لها الانفاق على نفسها لترجع به صارت اليد لها فيما تنفقه فكان القول فيه قولها (مسئلة) فان قال كنت معسرا فى تلك المدة فما أثبت فيه عدمه فقد روى محمد عن ابن القاسم انه اذا قدم اتبعته بما كان فى مدة الحكم لها موسرا وسقط ما كان فيه معسرا سواء كان وقت الحكم أو وقت القدوم معسرا أو موسرا ومعنى ذلك ان هذا تضمنه حكم الحاكم لانه لا يجوز له أن يلزم النفقة معسرا ولا ان يسقطها عن موسر وفى كتاب ابن حبيب انه ان جهل أمره وأرادت أن ترجع عليه فذلك لها ويشهد لها بذلك الامام انه ان كان مليا فقد فرضت لها عليه نفقة مثلها من مثله ويؤرخ اليوم ويذكر الشهر فلا يؤثر على هذا الحكم الا فى تحقيق ما ثبت عنده من حاله فى عسر أو يسر وفى ازالة يده عما تنفقه بحكمه والله أعلم (فرع) فاذا ثبت عسره أو يسره فعلى ما تقدم وان جهل أمره ففى كتاب محمد عن ابن القاسم ان المعتبر الحالة التى يقدم عليها فان قدم معسرا فهو مصدق فيما يدعيه من الاعتبار وان قدم موسرا لم يصدق فى ذلك الا ببينة وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه على الحالة التى خرج عليها فان خرج معسرا فهو على ذلك وان خرج موسرا فهو على ذلك وان لم يعلم على أى حالة خرج عليها فهو على اليسار حتى يقيم البينة بالاعسار وفى العتبية عن ابن كنانة وسحنون ان القول قوله وعلى المرأة البينة وجه قول ابن القاسم أن الحالة التى قدم عليها هى الحالة التى يجب أن تعتبر لانها حالته يوم الحكم عليه فاذا لم يكن يسار مما تحمل عليه أحواله قبل ذلك فهذه الحالة الاولى لانها ثابتة له يوم الحكم عليه ووجه قول ابن الماجشون ان الحالة التى فارق عليها يجب استصحابها حتى يبين خروجه عنها ووجه قول ابن كنانة ان الأحوال تختلف وتنتقل فلا يعتبر بحال والأصل العدم لا سيما فيما يثبت ولا يتعلق بالذمة

(فصل) وهذا اذا كانا حرين سواء كان ذلك قبل البناء أو بعده فان كانا عبدين أو أحدهما فان كان العبد له زوجة حرة فقد قال ابن المواز لا خلاف ان العبد عليه أن ينفق على زوجته الحرة قال مالك ويقال له انفق أو طلق وأحب الى ان تشترط عليه النفقة باذن سيده ووجه ذلك ان هذا من أحكام الزوجية فلزمت الزوج العبد كالصداق وانما يستأذن السيد لتعلق حقه بمال العبد (مسئلة) فان كانا عبدين أو كانت الزوجة أمة ففى الواضحة ان على العبد النفقة على زوجته الأمة لا على سيده وروى أشهب عن مالك لا نفقة لها الا أن تشترط عليه وذكر ابن المواز عن مالك ان الأمة ان بوئت مع زوجها

الحر أو العبد فعليه نفقتها وكسوتها وان كانت عند أهلها فلا نفقة لها الا أن تشترط ذلك عليه في عقد النكاح ثم قال أيضا ان كانت تبيت عنده بالليل خاصة فعليه نفقتها وكسوتها ثم قال لها النفقة بكل حال كانت تبيت عنده أو عند أهلها والى هذا رجع ابن القاسم وروى ابن وهب عن مالك ان كانت هي تأتيه فعليه النفقة وان كان هو يأتيها في أهلها فلا نفقة لها وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك نفقة الأمة وكسوتها على أهلها وعندهم عدتها حتى يشترط ضمها اليه وعليهم أن يرسلوها اليه في كل أربع ليال ونفقة تلك الليلة ويومها عليه وان ردها في صبيحة تلك الليلة أو تركها عندهم تلك الليلة فنفقة يوم وليلة من كل أربع ليال لازمة له وقال أصبغ النفقة عليه حيث كانت وهي مع أهلها حيث كانوا حتى يشترط ضمها اليه

(الباب الثاني فيما تسقط به النفقة من طلاق بائن أو نشوز)

أما ما يسقط النفقة عن الزوج فالطلاق البائن لانه يمنع الاستمتاع بأي وجه وقع من عوض أو غير عوض وان كانت حاملا فلها النفقة من أجل الحمل لا من أجل الزوجية لقول الله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن (مسئلة) وأما الناشز فقد قال القاضي أبو محمد لا نفقة لناشز خلافا للحكم وعلى هذا شيوخنا العراقيون وأما المغاربة فقد قال محمد بن المواز في المرأة يغيب زوجها فتخرج من منزله وتأبى أن ترجع ويأبى أن ينفق عليها حتى ترجع قال مالك لها اتباعه بذلك وروى ابن سحنون عن أبيه في المرأة تهرب من زوجها الى تونس أو تنشز عنه الأيام فتطلبه بالنفقة فقال ان فعلت ذلك بغضة فيه فلها النفقة كالعبد الآبق نفقته على سيده قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك ان النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع دون ملكه فاذا عدم التمكن لم تجب النفقة كالثمن والمثمون في البياعات ووجه القول الثاني ان النفقة في مقابلة الاستباحة فتى كان الاستمتاع مباحا وجبت النفقة في مقابلة ذلك ولا تسقط بمنع النكاح كما لا تسقط نفقة العبد بالاباق والله أعلم

(الباب الثالث في قدر النفقة وصفتها)

فأما قدر النفقة وصفتها فقد روى ابن المواز وابن حبيب ان نفقة الزوجة بقدر العسر واليسر قال ابن القاسم ويراعى قدرها من قدره ويراعى غلاء السعر قال مالك وليس المرضع كغيرها ويفرض للمرضع ما يقوم بها في رضاعها (مسئلة) وليست النفقة بمقدرة خلافا للشافعي في قوله انها مقدرة معتبرة بحال الزوج خاصة فعلى الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر مد والدليل على ذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لهند بنت عتبة خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ومن جهة المعنى ان أحوال الناس مختلفة فاذا خالف حال الغني حال المتوسط خالف أيضا حال الغني حال غني آخر دونه في الغنى لان الزوجة لها حق والنفقة تعلق بها فوجب أن يعتبر بحالها فيها كالمهر والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فقد روى ابن المواز عن مالك يفرض للمرأة مد بمد مروان كل يوم وهو مد وثلث بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقال ابن حبيب اتخذه هشام بن اسمعيل لفرض الزوجات فاستحسنه مالك ووجه ذلك أن هذا غالب أقوات الناس لان مد النبي صلى الله عليه وسلم لا يبلغ السعة من القوت والله أعلم قال ابن القاسم يفرض لها في الشهر ويبتان ونصف الى ثلاث ويبات قال ابن حبيب وفي الويبات اثنان وعشرون مدا بمد النبي صلى الله عليه وسلم قال وأرى القفيز القرطبي في الشهر وسطا عندنا وفيه أربعة وأربعون مدا فيحتمل أن يكون ذلك لان ابن القاسم انما فرض الويبتين ونصفا

الى الثلاث بمصر وهي أرخص سعرا وأوسع عيشا واختار ابن حبيب القفيز بالاندلس وقد قال مالك ان الويبتين وسط من الشبع بالأمصار وذلك نحو القفيز القرطبي قال مالك وان مدا بمد النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة لوسط من عيشهم فبين ان في البلد في ذلك تأثيرا يراعى لان الناس انما يحملون على عاداتهم في سعة الأقوات وضيقها فلو ألزم رجال المدينة أقوات أهل الآفاق لاجحف ذلك بهم ولو قصر نساء أهل الآفاق على أقوات أهل المدينة لاضر ذلك بهن فكل يحمل على عادته وما ألف من قوته قال ابن القاسم ان كان ممن له السعة زيد عليه وان كانت سعته أكثر من ذلك زيد عليه أكثر من ذلك حتى الخادم ونفقتها قال ابن المواز واذا كان العيش البر فالأقل مما تعيش به وتختلف أحوال الناس في ذلك فيكون الرجل يعمل بيديه و يقل كسبه فيفرض عليه بمصر ويبتان في الشهر فأشار الى ان ذلك من أقل أقوات أهل مصر (مسئلة) هذا أصل القوت ويضم الى ذلك درهم الطحين والخبز والحطب والماء والزيت قال ابن حبيب وغسل ثوب وخل ولا يفرض على أهل السعة اللحم كل ليلة ولكن المرة بعد المرة قال ابن حبيب ولا يفرض لها فاكهة ولا صبر ونحوه ولا ينقص من هذا لفقرهما ولا يزاد عليه لغناهما اذا تشاحا يريد والله أعلم ان هذه وجوه لا بد من استيعابها بالانفاق ولا يضاف اليها غيرها وان وقعت الزيادة والنقص في معتاد على ما قاله ابن القاسم وقد فسر ذلك ابن المواز فقال ويضاف لذلك حناء لمشط رأسها ودهنه وسراجها وقال ابن حبيب دهن لرأسها وسراجها ابن المواز وهذا للموسر والمعسر الا ان الموسر يزاد عليه بقدره من قدره يريد في مقادير هذه الأشياء قال فان كان العسر بينا فالأقل مما تعيش به وتختلف في ذلك أحوال الناس قال ابن حبيب لها في الشهر من الزيت نصف ربع ومن الخل ربع ومن اللحم على المليء بدرهم في الجمعة ودرهمان أو ثلاثة في صرفها من ماء وغسل ثوب وطحن وخبز وغيره وروى أشهب عن مالك ان أراد أن يطعمها الشعير فان كان الناس قد أكلوه فذلك له وان كان القمح هو الذي يؤكل فذلك عليه ومعنى ذلك أن يكون الشعير قوت أهل ذلك البلد أو يقل القمح ويعز لغلاء السعر حتى يأكل أكثر الناس الشعير ممن هو في منصبه وعلى مثل حاله فهذا له أن ينفق الشعير وان كان البلد قوت أهله القمح وكان وقت خصب فأراد أن يختص بالشعير لم يكن له ذلك (مسئلة) وأما الثياب فهي على ضربين ثياب لباس وهي ما تنتقل بانتقالها وثياب تلبس على وجه التغطي والغطاء والفرش واسم اللباس أظهر في الأول فقد قال ابن حبيب عليه قميص وفرو لشتائها من لباس مثلها من جوارب أو فنليات وقميص يواريه ومقنعة وان لم تكن بخمار وان لم يكن فازار وخفان وجوربان لشتائها وقال ابن المواز عليه في اللباس بقدرها من قدره من غير خز ولا وشي ولا حرير يريد وان كان متسعا فعليه ما يصلح للشتاء والصيف من قميص وجبة وخمار ومقنعة وسنبنية وازار وغير ذلك مما لا غنى لها عنه وان كان مثلها يلبس القطن ومثله يقدر عليه فرض عليه وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب في العتبية في الموسر له زوجة ذات شرف فليفرض عليه من الثياب الوسط مما لا يعربها اذا لبسته ولا يجحف بماله ولا يلزمه من العصب الا غليظه وكذلك من الشطوى والخز قال يحيى بن يحيى يعني في بلد يكون شيء من ذلك لباسهم ويكون ما يفرض على مثله في قدر ماله قال أشهب منهن من لو كساها الصوف أدب وذلك على أقدارهن قال مالك ليس الصوف من لباسهن ولكن يحكم بما يرى انه من لباسها والذي ذكره ابن حبيب من الفرو والقميص عليها انما ذلك لانه كان زي بلده في ذلك الوقت وانما يتبع في ذلك زي الناس في وقت الحكم ولا يخرج مع ذلك عما تقدم من أقوال العلماء (مسئلة)

وأما الوطاء والغطاء والفرش فقد قال ابن حبيب ان كانت حديثة عهد بالبناء وعندها شورتها من صداقها فلا شئ عليه وله أن ينتفع معها بأزرها و بسطها ومرافقها و وسائدها قال أصبغ انما يفرض ذلك التي لا شورة لها ولا شئ معها قال ابن حبيب فان طال العمر وخلقت الشورة أو لم يكن في صداقها ماتتشور به فعليه الوسط من ذلك للصيف والشتاء يفرض لها فراش ومرفقة وازار ولحاف ولبد للشتاء وسرير ان كان بموضع يحتاج اليه لبراغيث أو فأر أو غير ذلك والافلا سرير عليه وذكر ابن المواز عن ابن القاسم مثله الا اللبد فلم يذكره قال ابن حبيب عليه حصير من حلفاء أو بردي يكون تحت الفراش ومعنى ذلك كله ان هذا الأصل في كسوتها فيزاد في الجودة وينقص من ذلك على قدر حالها وحاله والله أعلم (مسئلة) قال ابن المواز وعليه خمار رأسها قال ابن حبيب وعليه دهن رأسها وشراء حناء ومشط وكحل وروى ابن المواز عن ابن القاسم ليس عليه نضوخ ولا اصباغ ولا المشط ولا المكحلة وروى يحيي بن يحيي عن ابن وهب لها الحناء لرأسها وليس عليه الطيب والزعفران وخضاب اليدين والرجلين الا أن يشاء * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي أنه ليس عليه من زينتها الا ما تستضر بتركها اياه كالكحل الذي يضر تركه ببصر من يعتاده والمشط الذي بالحناء والدهن لمن اعتاد ذلك لان ترك ذلك لمن اعتاده يفسد الشعر ويمزقه والذي نفى ابن القاسم انما هو المكحلة ولم ينف الكحل نفسه فتضمن القولان ان الكحل يلزمه دون المكحلة وعلى هذا يلزمه ما تمتشط به من الدهن والحناء دون الآلة التي تمتشط بها (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب ان الحاكم مخير بين أن يأخذ بهذه الأشياء أو بأثمانها وذلك لانه يحتاج الامام الى أن يجتهد في صفاتها ان حضرت كما يحتاج أن يجتهد في قيمتها وان غابت فأي ذلك كان أسهل عليه وأقرب تناولا وأبين وصولا الى الحق أخذ به وكان الاختيار في ذلك اليه لانه هو الذي يقصد العدل في ذلك فله أن يصل اليه بأي وجه أمكن له وأيسر عليه (فرع) ولكم يفرض لها عليه قال ابن سحنون عن أبيه ان ذلك بقدر ما يرى السلطان من جدته فمن الناس من يجرى عليها يوما بيوم ومنهم جمعة بجمعة ومنهم شهرا بشهر (مسئلة) واذا ولدت المرأة فقد قال أصبغ أجر القابلة على الزوج وقال ابن المواز ان كانت المنفعة للمرأة فذلك عليها وان كانت للولد فذلك على الأب وان كانت لهما فذلك بينهما * قال القاضي أبو الوليد أيده الله والأظهر قول ابن حبيب لانها من المؤن التي لا تستبد عنها الزوجية غالبا واذا وجبت عليه النفقة والكسوة والمرأة تنفرد بمنفعة ذلك فبأن يجب عليه ذلك ولا تنفرد المرأة بمنفعته أولى ولذلك ينفق على الحامل بسبب الحمل وان كان معظم المنفعة للحامل وليس عليه أجر الحجامة ولا الطبيب قاله ابن حبيب وذلك انها من المؤن التي تندر وانما يلزم الزوج مالا تستبد منه من المؤن المعتادة كالطعام والشراب ولذلك لم تلزمه الفاكهة لما كانت مما تستبد عنها من المؤن وتستغني عن استعمالها (مسئلة) وعليه اخدامها ان كانت ممن لا تخدم نفسها لحالها وغنى زوجها وليس عليها من الخدمة الباطنة في بيتها شئ والخدمة الباطنة هي العجن والطبخ والكنس والفرش وسقي الماء اذا كان معها وعمل البيت كله وعليه أن يخدمها وان كانت من أهل الضعة وليس في صداقها ما تشترى به خادما فليس على الزوج أن يخدمها وعليها الخدمة الباطنة وأما الغزل والنسج فليس له ذلك عليها بحال الا أن تطوع وان كان الزوج مليا الا أنه في الحال مثلها مالم يكن من أشرف الرجال الذين لا يمتهنون نساءهم في الخدمة وان كان الزوج معسرا فليس عليه اخدامها وان كانت ذات قدر وشرف وعليها الخدمة الباطنة كالدنية ووجه ذلك ان الخدمة جارية

على المعتاد من الأحوال واعتبار حال الزوج فى ذلك أولى لان المنزل له والحال جارية على قدره وحال النساء فى ذلك اعتبار فان كانا رفيعى الحال فالخدمة ساقطة وان كان هو شريفا رفيع الحال فلا خدمة عليها وان لم يكن كذلك وكان غنيا روعى فى هذا اشرفها مع غناه فلها الخدمة وان كان فقيرا لم ينفعها شرفها وكانت الخدمة عليها ذكر معنى ذلك كله ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ (مسئلة) والذى يلزمه من الخدمة الانفاق على خادمها وان قال أنا أدفع اليها خادما ولا أنفق على خادمها ولم ترض هى الا بخادمها فذلك لها ويلزمه أن ينفق عليه وان لم يخدمه رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك ان خادمها أطوع لها وخدمة خادمها أرفع لحالها فليس عليه أن يضر بها فى ازالتها عنها وابدالها بغيرها (مسئلة) اذا كان مثلها لا تكفيها خادم واحدة وحاله يحمل لزمه أن يخدمها خدمة مثلها خلافا لأبى حنيفة والشافعى لقوله تعالى وعاشروهن بالمعروف ومن جهة المعنى أن خدمة الثانية خدمة تحتاج الزوجة اليها مع أن حالها يليق ذلك بهما فكانت لازمة للزوج كخدمة الخادم الاولى

(الباب الرابع فيما يجب من الخيار للزوجة بالاعسار عن ذلك)

مذهب مالك رحمه الله ان الاعسار بالنفقة والمؤنة يوجب الخيار للزوجة بين أن تطلق عليه وبين أن تقيم معه بلا نفقة وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يفرق بينه وبين امرأته بذلك والدليل على ما نقوله ان هذا نوع مال تستحق به النفقة فكان للاعسار بها تأثير فى ازالته كملك اليمين (مسئلة) وان أعسر بمثل قوتها غير أنه يجد أدنى من ذلك مثل أن تكون المرأة ذات الحال والشرف ممن لا تلبس خشن الثياب ولا تتناول غليظ العيش فاعدم الزوج حتى لا يجد الا كسوة دنية وقوتا دون قوت خادمها من قمح أو شعير أو سلت غير مأدوم روى يحيى عن ابن القاسم فى العتبية لا يفرق بينهما ورب بلد لا ينفق فقيرهم وغنيهم الا الشعير وقال ابن حبيب ان لم يجد الا الخبز ونحوه وما يوارى عورتها ولو بثوب واحد قال مالك من غليظ الكتان لم يفرق بينهما كانت غنية أو فقيرة ووجه ذلك انه اذا اضطر لعسره الى أن ينفق قوتا ليس من أقواتها فليس ذلك مما يوجب لها الخيار لانه واجد لقوت معتاد وانما يجب لها الخيار اذا لم يجد قوتا معتادا (مسئلة) فان عدم أحد الأمرين النفقة أو الكسوة ووجد الآخر فقد قال ابن وهب يفرق بينهما رواه ابن حبيب عن مالك ومعنى ذلك ان طلبته ووجه ذلك انه معسر بما يلزمه لها بحق الزوجية (مسئلة) وان أعسر بالصداق قبل البناء قال سحنون أو ببعضه فلها الخيار ووجه ذلك ان المهر أكثر اختصاصا بالنكاح من النفقة لانه عوض البضع ثم ثبت وتقرر أن لها الخيار بالاعسار بالنفقة فبأن يكون الخيار بالاعسار بالمهر أولى وأحرى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان أعسر بالنفقة واختارت الفرقة فقد روى مطرف عن مالك يؤجل الشهر والشهرين قال أصبغ ان لم يطمع له بمال فلا يؤجل الا الشهر لا يبلغ الشهرين وقال القاضى أبو محمد قيل يؤجل الشهر وقيل الأيام اليسيرة الثلاثة ونحوها وهذه الرواية رواها ابن حبيب عن مالك انه قال وما علمت انه يضرب أجل فى النفقة الا الأيام اليسيرة قال محمد وقول أصحابنا فيه الشهر وقاله مالك وقال ابن وهب ويستأنى لمن لم يجد الكسوة شهرين وهذا كله على قدر الاجتهاد من الحاكم فيؤجل للذى يرجو له احراز النفقة ما لا يؤجل لمن لا يرجوه أو لمن يضعف فيه الرجاء ما لم يضر ذلك بالمرأة اضرارا كثيرا وعدم بعض الأشياء أحق من عدم بعض . وقد روى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب عن مالك فى واجد النفقة دون

الصداق يؤجل في الصداق ثلاث سنين وقال أيضا سنتين قال ابن حبيب عن أصبغ وان عجز عن النفقة والصداق لم يوسع له في أجل الصداق وهذا كله على ما تقدم والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا تزوجته على الغنى أو تزوجته عالمة بانه محتاج الا أن تكون عرفت بانه سائل يتكفف الناس فلا حجة لها رواه ابن المواز عن مالك قال ابن حبيب عن مالك أو علمت انه فقير لا يجرى النفقة على النساء لفقره فلا قول لها قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك انها راضية بعيبه فقد أقدمت على معرفتها بحاله كمشترى السلعة بها عيب يعلمه فلا رد له به (مسئلة) اذا حكم عليه بالفرقة فهي فرقة بعد البناء لم يستكمل بها عدة الطلاق ولا كانت لعوض ولا لضرر بالزوج فكانت رجعية أصل ذلك طلاق المولى وصحة رجعته معتبرة بيساره فان ارتجع كانت رجعية موقوفة فان أيسر في العدة صحت رجعته وان لم يسر حتى انقضت العدة بطلت الرجعة وبانت منه بانقضاء العدة والله أعلم

﴿ عدة المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد ربه بن سعيد بن قيس عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال سئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها فقال ابن عباس آخر الأجلين وقال أبو هريرة اذا ولدت فقد حلت فدخل أبو سلمة بن عبد الرحمن على أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فسألها عن ذلك فقالت أم سلمة ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بنصف شهر فخطبها رجلان أحدهما شاب والآخر كهل فحطت الى الشاب فقال الشيخ لم تحلى بعد وكان أهلها غيبا ورجا اذا جاء أهلها أن يؤثروه بها فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال عبد الله بن عمر اذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الأنصار كان عنده أن عمر بن الخطاب قال لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت ﴾ ش قول أبي هريرة وعبد الله بن عباس في الحامل برأيهما دون نص ولم تنكر عليهما أم سلمة ولا أبو سلمة ولا أحد دليل على الاجماع بالقول بالرأي والقياس فيما لم يكن عندهم فيه نص ولو كان عند أبي هريرة النص الذي أظهرته أم سلمة لاحتج به كما احتجت به أم سلمة لانهم انما كانوا يبدؤن في احتجاجهم بالنص ولو احتج به أبو هريرة لرجع عبد الله بن عباس عن مخالفته وترك معارضته كما أمسك عن المراجعة لما ورد عليه النص ولذلك روى عن ابن عباس انه رجع الى القول بحديث سبيعة وهي سبيعة بنت الحارث الأسلمية ان الحامل تحل بالوضع وبه قال علماء الأمصار ولا نعلم فيه خلافا الا ما روى عن ابن عباس وقد رجع عنه وقد روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه رواه الأعمش عن أبي الضحى عن مسروق قال بلغ ابن مسعود أن عليا يقول هي لآخر الأجلين يعني الحامل المتوفى عنها زوجها فقال ابن مسعود من شاء لاعنته ان هذه التي في سورة النساء القصرى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن نزلت بعد التي في البقرة والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وليس بين الحديث والآية تناف لان المراد بالآية من ليس بحامل بدليل ان الحمل استمر بها أكثر من أربعة أشهر وعشر لم تنقض العدة بأربعة أشهر وعشر فتضمنت الآية حكم الحامل والحديث تضمن حكم الحامل وهو من آخر ما حكم به النبي صلى الله عليه وسلم لان سبيعة الأسلمية كانت تحت سعد بن خولة فتوفي عنها بمكة في حجة الوداع وأما عبد الله بن مسعود فذهب الى معنى النسخ ولذلك قال أنزلت الآية التي في سورة

ابن قيس عن أبي سلمة ابن عبد الرحمن أنه قال سئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها فقال ابن عباس آخر الاجلين وقال أبو هريرة اذا ولدت فقد حلت فدخل أبو سلمة ابن عبد الرحمن على أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فسألها عن ذلك فقالت أم سلمة ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بنصف شهر فخطبها رجلان أحدهما شاب والآخر كهل فحطت الى الشاب فقال الشيخ لم تحلى بعد وكان أهلها غيبا ورجا اذا جاء أهلها أن يؤثروه بها فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال عبد الله بن عمر اذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الانصار كان عنده أن عمر بن الخطاب قال لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت

* وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخرمة انه أخبره أن سبيعة الاسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حللت فانكحي من شئت * وحدثني عن مالك عن

يحيي بن سعيد عن سليمان ابن يسار أن عبد الله بن عباس وأباسلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المرأة تنفس بعد وفاة زوجها بليال فقال أبو سلمة اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت للازواج وقال ابن عباس آخر الاجلين فجاء أبو هريرة فقال أنا مع ابن أخي يعني أباسلمة فبعثوا كريبا مولى عبد الله بن عباس الى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فجاءهم فاخبرهم أنها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت * قال مالك وهذا الامر الذي لم يزل عليه أهل العلم عندنا

﴿مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن سعيد بن اسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريعة بنت

النساء القصرى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن بعد التي في البقرة والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقدمنا القول في ذلك بما تقتضيه أصول أصحابنا والله أعلم وأحكم

(فصل) وسؤال أبي سلمة عن ذلك أم سلمة لما رجا أن يكون عندها من العلم في ذلك فكان الامر على ما ظنه وأخبرته ان سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها قد حللت فانكحي من شئت وأخبر صلى الله عليه وسلم انها قد حلت بالولادة حلا تستبيح به نكاح من شاءت وأما ما رجاه أبو السنابل قيل اسمه بعكك بن الحاج العبدري من أن يؤثره بها من غاب من أهلها اذا قدموا فانما معناه ان يصرفوا رغبتها عنه الى الرغبة فيه لانهم يملكون اجبارها على ما لا تريده من ذلك والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها لم يدفن بعد حلت يريد ان ولادتها اذا كانت بعد وفاته ولو قبل ان يدفن فقد فات ولا يراعى في ذلك مضي مدة وانما تراعى ولادتها بعد وفاته

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخرمة أنه أخبره أن سبيعة الاسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حللت فانكحي من شئت * مالك عن يحيي بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأباسلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المرأة تنفس بعد وفاة زوجها بليال فقال أبو سلمة اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت للازواج وقال ابن عباس آخر الأجلين فجاء أبو هريرة فقال أنا مع ابن أخي يعني أباسلمة فبعثوا كريبا مولى عبد الله بن عباس الى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فجاءهم فأخبرهم أنها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت * قال مالك وهذا الامر الذي لم يزل عليه أهل العلم عندنا ﴾ ش قوله اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت يريد انقضت ولادتها فان كان الولد واحدا حلت بتمام ولادته وان كان توأمين فولدت أحدهما لم تنقض عدتها الا بوضع الثاني قال أشهب وتنقضي العدة في الوفاة بوضع العلقة والمضغة وأما الدم المجتمع فلا تنقضي به عدة وقال مالك في المدونة وما ألقته المرأة من مضغة أو علقة أو شيء يستيقن انه ولد فانه تنقضي به العدة وتكون به الامة أم ولد وليس هذا بخلاف لقول أشهب لأنه أراد به الدم السائل الذي جرت العادة أن تقذفه الارحام من حيض أو غيره مما يعلم انه ليس بولد أولا يعلم انه ولد وأما العلقة تقع بها براءة الرحم فانها ليست بدم سائل بل هو مجتمع على صفة يعلم بها انها ولد

﴿ مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ﴾

ص ﴿ مالك عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله أن ترجع الى أهلها في بني خدرة فان زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا حتى اذا كانوا بطرف

مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله أن ترجع الى أهلها في بني خدرة فان زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا حتى اذا كانوا بطرف

القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع الى أهلي في بني خدرة فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة قالت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم قالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة ناداني رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر بي فنوديت له فقال كيف قلت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي فقال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان بن عفان أرسل الى فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به

القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع الى أهلي في بني خدرة فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة قالت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم قالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة ناداني رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر بي فنوديت له فقال كيف قلت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي فقال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان بن عفان أرسل الى فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به ✽ ش قوله صلى الله عليه وسلم للفريعة نعم لتنتقل الى بني خدرة في عدتها من وفاة زوجها ثم استرجعها بعد ذلك فلما رددت عليه القصة منعها من ذلك وأمرها أن تمكث في بيتها حتى تنقضي عدتها فيحتمل أن يكون على وجه النسخ للحكم الاول ويحتمل أن يكون اعتقد أولا في قولها ان زوجها لم يتركها في مسكن يملكه ولا يملك سكناه وكان لفظها محتملا لذلك فأمرها بالانتقال على ذلك ثم رأى أن لفظها محتمل فاسترجعها وأمرها بأن تعيد عليه قصتها فتبين له من اعادتها انها نفت أن يكون ترك منزلا يملك رقبته وانها مع ذلك في منزل قد ملك زوجها سكناه امابا كتراء أوهبة أو وجه من الوجوه فأمرها بالمقام واتمام العدة فيه (مسئلة) فاذا كان الزوج يملك رقبة المسكن فان للزوجة العدة فيه وعليه أكثر الفقهاء مالك وأبو حنيفة والشافعي والاوزاعي والثوري وغيرهم وبه قال عمر وعثمان وابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وأم سلمة وروي عن ابن عباس وعائشة وجابر بن عبد الله تعتد حيث شاءت والدليل على صحة القول الاول حديث الفريعة وأمره صلى الله عليه وسلم لها أن تمكث في بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله وأنها امتثلت ذلك بان اعتدت فيه عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وهذا حديث ثابت رواه عن سعيد بن اسحق مالك والثوري ووهيب بن خالد وحماد بن زيد وعيسى بن يونس وعدد كثير وابن عيينة والقطان وشعبة وقد رواه مالك عن ابن شهاب لم يروعنه غيره وقد أخذ به عثمان بن عفان وقال القاضي أبو اسحق وهو الناسخ لقول الله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا الى الحول غير اخراج ومن جهة المعنى ان هذه عدة فكان من حكمها المسكن للزوجة كالمطلقة قال القاضي أبو اسحق وانه قد احتيط في عدة المتوفى عنها زوجها أكثر مما احتيط في المطلقة لموت من كان يطلب بالنسب فثبتت عدة المتوفى عنها زوجها في حكم غير المدخول بها ولم تثبت عدة المطلقة بها في غير المدخول بها وجعلت عدة المتوفى عنها زوجها الشهور دون الحيض احتياطا عليها لان الشهور يظهر أمرها والحيض يخفى أمره ثم ثبت وتقرر أن السكنى مراعى في المطلقة حفظا للنسب فبأن تثبت في حكم المتوفى عنها زوجها أولى وأحرى وهذا معنى ما أشار اليه القاضي ورجا وصلته بما يتممه والله أعلم (فرع) وهل يجوز بيع الدار اذا كانت للمتوفى وأراد ذلك الورثة الذي عليه جمهور أصحابنا ان ذلك جائز ويشترط فيه العدة للمرأة قال ابن القاسم لانها أحق بالسكنى من الغرماء وقال محمد بن عبد الحكم البيع فاسد لانها قد ترتاب فتمتد عدتها وجه قول ابن القاسم ان الغالب السلامة والريبة نادرة وذلك لا يؤثر في فساد العقود لاسيما اذا كان القصد لا يؤثر في ذلك ووجه قول ابن عبد الحكم ان اختلاف مدة القبض اذا كان فيها تفاوت أثرت في فساد العقد كما لو كانت السكنى لغير الزوجة (فرع) فان وقع البيع فيه بهذا الشرط فارتابت قال مالك في كتاب محمد هي أحق بالمقام حتى تنقضي الريبة وأحب الينا أن يكون المشتري بالخيار في فسخ البيع وامضائه ولا يرجع بشئ لانه داخل في العدة المعتادة ولو وقع البيع

بشرط زوال الريبة كان فاسدا وقال سحنون لا حجة للمشترى وان تمادت الريبة الى خمس سنين لانه دخل على العدة والعدة قد تكون خمس سنين ونحو هذا روى أبو زيد عن ابن القاسم وهذا عندى على قول من يرى للمبتاع الخيار وأما على قول من يلزمه ذلك فلا تأثير للشرط والله أعلم ووجه قول مالك أن البيع يصح لانه انعقد على المعتاد من العدة فان أتى من الريبة غير المعتاد كان له الخيار ووجه قول سحنون انه انما دخل على أقصى أمد الحل فان انقضت العدة قبل ذلك فلا رجوع عليه والله أعلم (مسئلة) وان كان السكنى للزوج دون الرقبة فلها السكنى فى مدة العدة خلافا لابى حنيفة والشافعى والدليل على ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال للفريعة بنت مالك وقد علم أن زوجها لم يملك رقبة المسكن أمكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ولا يمكن أن يأمرها بذلك اذا لم يملك الزوج الرقبة ولا السكنى وكانت الدار لمعين للاجماع على أنه ليس لها ذلك ولا يحمل على أن المنزل كان لها أوله لما روى وهب بن خالد أنها قالت ان زوجها لم يدع منزلا يملكه ولا نفقة وانى امرأة شاسعة الدار فان رأيت أن أتحول الى أهلى وجيرانى أو قالت أهلى وأهل دارى وهذا يدل على أنها لم تكن لها دار ولا جيران هناك وروى معمر عن الزهرى أنها ذكرت للنبى صلى الله عليه وسلم أن زوجها قتل وانه تركها فى مسكن لها واستأذنته فى الانتقال وذكر الحديث ومن جهة المعنى انه ترك دار سكنى يملك سكناها ملكا لا تباعة عليه فيه فلزم أن تعتد الزوجة فيه أصل ذلك اذا ملك رقبتها (مسئلة) واذا كان قد أدى الكراء فان كان لم يؤده فالذى فى المدونة انه لا سكنى لها فى مال الميت وان كان موسرا وروى محمد عن مالك الكراء اللازم للميت فى ماله ولا تكون الزوجة أحق بذلك وتحاص الورثة فى السكنى وللورثة اخراجها الا أن تحب أن تسكن فى حصتها و يؤدى كراء حصصهم ووجه ذلك ان حقها انما تعلق بما يملكه من السكنى ملكا تاما وانما ملك العوض الذى بيده ولا حق فى ذلك للزوجة الا بالميراث دون السكنى لان ذلك مال وليس بسكنى واذا ملك السكنى ملكا تاما تعلق حق الزوجة به والله أعلم (مسئلة) وان رضى الورثة فى مدة الكراء وأهل الدار بعد انقضاء مدة الكراء أن يأخذوا منها الكراء ويقروها على السكنى لم يكن لها الخروج قال فى المدونة الا أن يطلب منها ما لا يشبه من الكراء فلها الخروج ووجه ذلك ان السكنى لها لازم فى ذلك المسكن وانما للورثة وصاحب الدار فى الدار حق تقدم على حقها لانه حق متعلق بعين الدار فاذا أسقطوا حقهم ذلك ورضوا بعوضه على المعتاد لزمها المقام فان كان نقد بعض الكراء فلها السكنى فى جميع ما نقد فيه وهى فى باقى المدة مما لم ينقد فيها على ما تقدم (مسئلة) ولو كان قد طلقها واحدة أو البتة قال فى المدونة واحدا بائنا أو ثلاثا ثم مات فى العدة فقد لزمه السكنى وهو فى ماله وان لم يكن نقد وروى ابن نافع فى المدونة انها كالمتوفى عنها زوجها ولم تطلق وجه القول الاول انها مطلقة قد ثبت لها حكم السكنى وانما تعتد عدة المطلقة فثبت لها فى السكنى حكم المطلقة ووجه الرواية الثانية ان ملكه قد زال عن ماله فلم تلزمه النفقة فى السكنى أصل ذلك التى لم تطلق (مسئلة) وهذا اذا ملك السكنى لمدة معينة بكراء أو اسكان مثل أن يسكن عشرة أعوام فيتوفى عند انقضائها أو قبل انقضائها بشهر فان لصاحب الدار ولمن صارت اليه السكنى بعد تلك المدة اخراجها منها وفى وثائق أبى عبد الله بن العطار أن هذا حكم زوجة امام المسجد يموت وهو ساكن فى دار المسجد لانه انما يسكنها على سبيل الأجرة فهى تخرج من الدار بعد وفاة زوجها ان أحب أهل المسجد (فرع) هذا المشهور من قول أصحابنا وقد ذكر بعض القرويين ان هذا انما هو اذا كان الكراء كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا وأما

اذاوقع الكراء على سنة بعينها فسواء نقد الكراء أولم ينقد المرأة أحق بالمسكن وذكر عن أبي قرة عن مالك انه فرق بين أن يكون الكراء كل سنة بكذا وبين أن يكريها سنة بعينها وهذا مخالف لما تقدم من رواية ابن المواز واختار الشيخ أبو محمد عبد الحق رواية أبي قرة (مسئلة) وان كان السكنى غير مقدر مثل أن يسكن الدار حياته ثم هي حبس على غيره بعده فمات الأول فقد قال مالك لاأرى للذي صارت اليه الدار أن يخرجها حتى تنقضي عدتها وكذلك قال ابن القاسم في الأمير يموت وهو ساكن في دار الامارة ووجه ذلك ان الاسكان لما تضمن الحياة الى حين وفاته تضمن ما يلزم من السكنى بعد وفاته وأما من أسكن مدة مقدرة فلم يتضمن اسكانه ذلك لان هذه المدة يصح أن تنقضي في حياته والله أعلم

(فصل) وقولها ولم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة يحتمل أنها اعتقدت أن للمتوفى عنها زوجها نفقة في ماله ويحتمل وهو الأصح عندي أنها جعلت ذلك من عذرها في الانتقال الى بني خدرة قومها لان اكتسابها نفقتها والتسبب فيها هنالك أمكن لها حين لم يكن زوجها ممن ترك مالا تنفق على نفسها ميراثها منه ولذلك لم يستدع مما عرضته من حالها الا الانتقال الى قومها (مسئلة) والمتوفى عنها زوجها لا نفقة لها وان كانت حاملا قال القاضي أبو محمد لان نفقة الحمل ليست بدين ثابت فيتعلق بماله بعد موته بدليل انه يسقط عنه بالاعسار فبان يسقط بالموت أولى وأحرى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم امكثي حتى يبلغ الكتاب أجله يحتمل انه أمرها بذلك لما كان زوجها قد أدى كراء المسكن أو كان أسكن فيه الى وفاته أوان أهل المنزل أباحوا لها العدة فيه بكراء أو بغير كراء أو ما شاء الله تعالى من ذلك مما رأى به ان المقام لازم لها حتى تنقضي عدتها وذلك للمتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر والأصل في ذلك قول الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا (فرع) ومن مات أو طلق من تعتد بالشهور فقد روى ابن المواز عن مالك تعتد الى مثل تلك الساعات التي مات فيها أو طلق ثم رجع فقال أرى أن تلغى ذلك اليوم قال وتحصي ما بقي من هذا الشهر وتحسب بعد تمامه بالاهلة بالوفاة وتتم على بقية الشهر الأول ثلاثين يوما كان تاما أو ناقصا ثم عشرة أيام (مسئلة) وعدة الوفاة تلزم الحرة والامة والصغيرة والكبيرة والتي لم تبلغ حد المحيض والتي حاضت واليائسة من المحيض دخل بها أو لم يدخل وعدة جميعهن على ما قدمناه أربعة أشهر وعشر الا الامة فعدتها من الوفاة شهران وخمس ليال اذا كانت ممن تحيض فان كانت ممن لم تحض أو يائسة من المحيض فقد قال مالك عدتها ثلاثة أشهر قال أشهب الا أن يؤمن من مثلها الحمل فتستبرأ بشهرين وخمس ليال وروى ابن المواز عن مالك ان عدة الامة في الوفاة شهران وخمس ليال ان مرت في ذلك بوقت حيضتها فحاضت واذا لم يمر بها وقت حيضتها فعدتها ثلاثة أشهر ولو مر عليها في الثلاثة الاشهر وقت الحيضة فلم تحض رفعت الى التسعة أشهر كالحرة وجه القول الأول انها اذا كانت ممن لا تحيض فلا تبرأ بأقل من ثلاثة أشهر لقول الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وهذا عام في المطلقة وغيرها ويجب أن يكون هذا مبنيا على قول من راعى الحيضة في مدة العدة على كل حال فان عدمت الحيضة فلا يبرئها الا ثلاثة أشهر ووجه قول أشهب ان الشهرين وخمس ليال عدتها لانها على النصف من عدة الحرة كالاقراء لما كانت أصلا في عدة المطلقة كانت الامة في ذلك على النصف من عدة الحرة غير انها ان كان يخاف عليها الحمل أكملت الشهور الثلاثة لانه لا يتبين حملها في أقل من

ثلاثة أشهر ووجه القول الثالث قول مالك ما قال عنه بعض أصحابه اننا لم نجد في الاصول رحما برأ من وطء بغير حيض ممن يمكن منها الحمل بأقل من ثلاثة أشهر (مسئلة) فان كانت ممن تحيض كل شهر فلم تحض في مدة العدة فهذه ريبة على رواية ابن المواز وغيره عن مالك ترفع الى تسعة أشهر حرة كانت أو أمة ورواه عن ابن القاسم ومطرف وأصبغ وروى سحنون وابن حبيب عن أشهب وابن الماجشون تبرأ الحرة بانقضاء الاربعة الأشهر والامة بانقضاء ثلاثة أشهر وجه القول الأول خلافا لأبي حنيفة والشافعي ما قال القاضي أبو محمد من انها انثى من ذوات الاقراء لم تتبين براءة رحمها فلم تبرأ الا بالحيض أو التربص القائم مقام الحيض كالمطلقة ووجه القول الثاني قوله تعالى يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ولم يعتبر حيضا ولا غيره ولان الاستبراء اذا تعلق بالشهور وكانت أصلا فيه لم يعتبر بالحيض كالتي لم تحض (مسئلة) فان كانت ممن تحيض من ستة أشهر أو خمسة الى مثلها فانقضت عدتها من الوفاة فلم يأت فيها وقت حيضتها قال مالك في كتاب ابن سحنون وابن المواز انها قد حلت وان قرب وقت حيضها وقال ابن القاسم في العتبية ينظر اليها النساء فان لم يرين بها ريبة حلت وروى أشهب عن مالك انه قال لابن كنانة تقيم حتى تحيض ثم رجع مالك الى ما ذكرناه وجه الرواية الأولى ما قال القاضي أبو محمد ان سبب تأخير الحيض العادة لا الريبة وكانت كاليائسة * قال القاضي أبو الوليد وعندي انها مبنية على ان الحيض لا يراعى في مدة الحيضة وانما تستراب بغير العادة من غير أن يكون شرطا في تمام العدة ووجه الرواية الثانية ان ذلك مبني على أن الحيضة تراعى في تمام العدة كالتي تحيض كل شهر (مسئلة) وهذا في المدخول بها وأما غير المدخول بها فقد قال القاضي أبو محمد تبرأ بمضي المدة وان تأخر حيضها والذي روى ابن المواز وسحنون عن مالك في المدخول بها وغير المدخول بها تعتد أربعة أشهر وعشرا الا أن ترتاب احداهما بتأخير الحيضة عن وقتها فترجع الى تسعة أشهر لأنه غالب أمد الحمل فتحل الا أن تحس تحريكا فتقيم الى أقصى أمد الحمل والله أعلم (مسئلة) فان كانت عادتها بالحيض كل شهر فلم تحض في الاربعة أشهر والعشرة أيام الا حيضة واحدة قال القاضي أبو محمد ان ذلك يجزئها وروى ابن سحنون وابن المواز عن مالك الا أن ترتاب احداهن بتأخير الحيضة عن وقتها فترجع الى تسعة أشهر الحرة والامة غير انهما قد رويا عن مالك انه قال باثر ذلك الا أن تحيض الحرة قبل التسعة وبعد الاربعة أشهر وعشر والامة بعد شهرين وخمس ليال فتحل حينئذ فيحتمل أن يريد ان الريبة انما تكون بتأخير الحيض كله في مدة العدة ويحتمل أن يريد ان الريبة تحصل بتأخير الحيضة الاخيرة الا ان الحيضة الواحدة بعد أربعة أشهر وعشر تبرئ لانها جاءت في وقت الريبة لا في وقت العدة (مسئلة) وأما المستحاضة فعدتها في الوفاة حرة كانت أو أمة تسعة أشهر لان الاستحاضة ريبة بانقطاع الحيض فكما ان المرتابة بانقطاع الحيض في عدة الوفاة ترفع الى تسعة أشهر فكذلك المرتابة بالاستحاضة اعتبارا بتساويهما في عدة الطلاق (مسئلة) وأما الكتابية فان كانت غير مدخول بها ففي المدونة انه لا عدة عليها وهذا يقتضي أن تتزوج مسلما وغيره اثر وفاته لانه اذا لم يكن عليها عدة للوفاة ولا استبراء للدخول فقد حلت للازواج وأما المدخول بها فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احداهما انها كالمسلمة قال مالك تجبر على العدة وتمنع من النكاح وعليها الاحداد والرواية الثانية انها تستبرئ رحمها بثلاثة أشهر ومعنى ذلك على ما قاله ابن القاسم في المدونة ان ذلك اذا أراد أن يتزوجها مسلم قال القاضي أبو محمد والقول في الكتابية التي لم يدخل بها على هاتين الروايتين فوجه الرواية الأولى قول الله

تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وهذا عام فى المسلمة والكتابية ولان كل من ساوت المسلمة الحرة فى عدة الطلاق ساوتها فى عدة الوفاة كالمسلمة ووجه الرواية الثانية انه يتعلق بعدتها حقان حق للمخلوق وهو حفظ النسب وحق لله تعالى فاما حق المخلوق فذلك يلزمها ولا يبرئها الا الاستبراء رحمها وذلك يحصل بالأشهر الثلاثة ومازاد على ذلك فحق لله تعالى ولا يصح منها أداء حقوقه الا بعد الايمان به

(فصل) وقولها ان عثمان بن عفان سألها عن ذلك فأخبرته بذلك فقضى به يقتضى اجماع الصحابة على العمل باخبار الآحاد وان خبر المرأة مما يعمل به ولذلك سألها عثمان عن خبرها فقضى به لما أخبرته عنه وسماع هذا من خبر الفريعة حتى كان الامراء يرسلون اليها ويسألونها عن ذلك ويقضون به ولم ينكره أحد من الصحابة ولا ممن عاصرهم من التابعين ولذلك روى وهب بن خالد عن سعد بن اسحق بالاسناد انه لما كان فى خلافة عثمان كان هذا فى بعض أهله فسأل الناس هل عند أحد علم من رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا فقال رجل من أهل الانصار ان فريعة تحدث فيه بحديث وهى حية قالت فأرسل الى فسألنى عنه فحدثته فأخذ به ص ﴿ مالك عن حميد بن قيس المكى عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء يمنعهن الحج ﴾ ش قوله ان عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء يريد انه كان يرى اعتداد المرأة فى منزل زوجها المتوفى عنها لازما لها فلا يجوز لها أن تخرج فى حج ولا غيره حتى تنقضى عدتها وقد روى ابن القاسم عن مالك فى تفسير هذا الحديث انما ذلك لمن كانت من أهل المدينة وما قرب منها لم يحرمن فاذا أحرمن نفذن وبئس ما صنعن (مسئلة) وهذا فيما قرب جدا وأما التباعد فعلى ضربين تباعد ليس فى الرجوع منه مشقة ولكن تحتاج فيه الى ثقة ترجع معه وتباعد تلحق فيه المشقة فاما القسم الاول فقد قال ابن القاسم فى المدونة ليس لها أن تحج الفريضة حتى تنقضى عدتها من وفاة أو طلاق فكان عمر بن الخطاب يرد من خرج منهن فى حج من البيداء ولا يمنع توجهها فى الحج من ردها الى استكمال عدتها حيث لزمتها بقرب الموضع وقال ابن القاسم فى التى تخرج من الاندلس تريد الحج لو لم تكن سافرت الا مسيرة يوم أو يومين أو ثلاثة فهلك زوجها قال مالك فى التى تخرج تريد الحج فانه ان كان أمرا قريبا وتجد ثقة رجعت فاعتدت فى بيتها ولو وصلت افريقية ثم توفى زوجها تنفذ لحجها لانها قد تباعدت (مسئلة) ولو كان خروجه منتقلا تاركا لاستيطان البلد الذى خرج منه فتوفى قبل أن يصل الى بلد آخر ففى المدونة لابن القاسم انها مخيرة بين أن تنفذ أو ترجع لان هذه ليس لها منزل فتختار الآن موضعا تعتد فيه قال ابن القاسم ولها أن تعتد بالموضع الذى توفى زوجها أو تنصرف الى ما يقرب من المدائن والقرى فتعتد فيها ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد انه بلغه ان السائب بن خباب توفى وان امرأته جاءت الى عبد الله بن عمر فذكرت له وفاة زوجها وذكرت له حرثا لهم بقناة وسألته هل يصلح لها أن تبيت فيه فنهاها عن ذلك فكانت تخرج من المدينة سحرا فتصبح فى حرثهم فتظل فيه يومها ثم تدخل المدينة اذا أمست فتبيت فى بيتها ﴾ ش نهى عبد الله بن عمر أن تبيت المرأة فى حرثها التى جاءته تسأله وهى أم سليم امرأة السائب بن خباب لما توفى عنها ولزمتها العدة فى بيتها فنهاها عن المبيت فى حرثها فى مدة عدتها لما قدمناه من انها تلزمها السكنى فى بيت زوجها ومعنى السكنى ومعظمه المبيت لانه وقت السكون والاستقرار فى المسكن فلم يكن لها أن تخل به وان كان لها أن تنصرف بالنهار وقد تقدم الكلام فيه قال مالك لها أن تخرج سحرا قبل الفجر

* وحدثنى عن مالك عن حميد بن قيس المكى عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء يمنعهن الحج

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه بلغه أن السائب بن خباب توفى وان امرأته جاءت الى عبد الله بن عمر فذكرت له وفاة زوجها وذكرت له حرثا لهم بقناة وسألته هل يصلح لها أن تبيت فيه فنهاها عن ذلك فكانت تخرج من المدينة سحرا فتصبح فى حرثهم فتظل فيه يومها ثم تدخل المدينة اذا أمست فتبيت فى بيتها

وتأتى بعد المغرب ما بينها وبين العشاء ومعنى ذلك انه لا يفوتها بهذا مقصود المبيت فى بيتها (مسئلة) والمتوفى عنها زوجها تحضر العرس ولا تلبس ما لا تلبسه الحاد ولا تبيت الا فى بيتها رواه فى العتبية ابن القاسم عن مالك (مسئلة) المتوفى عنها زوجها ان كانت مدخولا بها اعتدت فى بيت سكناها مع زوجها وان كانت غير مدخول بها اعتدت حيث كانت تسكن عند أبويها لان ذلك هو المسكن الذى كانت تسكنه فتعلق حكم سكناها به قاله ابن القاسم قال وكذلك الأمة المتوفى عنها زوجها قال مالك تعتد حيث كانت تبيت لان موضع المبيت هو موضع السكنى ولذلك كان معنى المبيت هو معنى السكنى اذا كان مبيتا متواليا على وجه الاستقرار لا على وجه الزيارة (مسئلة) والكتابية بموت عنها زوجها المسلم قال مالك فى المدونة تجبر على العدة وتمنع الانتقال حتى تنقضى عدتها وسبيلها فى أحكام العدة سبيل الحرة المسلمة ووجه ذلك انه حكم تعلق بها للمسلم فلزمها قضاؤه على حكم الاسلام كسائر الحقوق (فرع) واذا مات سيد أم الولد وأعتقت فابن القاسم لا يرى لها السكنى ولا المقام به ورآه أشهب لها وعليها على تضعيف من غير ايجاب رواه ابن المواز عنهما ص ﴿ مالك عن هشام ابن عروة عن أبيه انه كان يقول فى المرأة البدوية يتوفى عنها زوجها انها تنتوى حيث انتوى أهلها قال مالك وعلى هذا الأمر عندنا ﴾ ش قوله فى المرأة البدوية تنتوى حيث انتوى أهلها يريد أصحاب العمود دون أصحاب القرى فاذا توفى عنها زوجها وهذا حالها ثم افترق الجمع الذى كانت فيهم فصار أهلها وبنو أبيها الى جهة وصار أهل زوجها الى جهة أخرى صارت مع أهلها وآوت اليهم وكانت معهم لانه لا يمكنها البقاء فى الموضع الذى كانت به حين الوفاة لانتقال أهله عنه ولم يكن وطنا لزوجها فيكون أحق بسكناها من غيره انما هم قوم يتبعون الكلأ وينتجعون المياه ويجتمعون اليوم فى منزل ويفترقون عند اختيار بعضهم غير الجهة التى اختارها الآخرون وليس كذلك المرأة من أهل الأمصار والقرى فانها لا تزول من مسكنها لان ذلك المنزل كان منزلا لزوجها المتوفى عنها وهى آمنة اذا أقامت فيه والمعتاد من حال أهلها وبنى أبيها المقام والاستيطان فليس لها أن تنتقل بانتقالهم حتى تنقضى عدتها وقال ابن القاسم فى الصغيرة يتوفى عنها زوجها فأراد أبوها الحج والانتقال الى بلد آخر منعوا من أن يخرجوها لان مالكا قال لا تنتقل الا البدوية (مسئلة) ولو كانت من أهل الحاضرة تخرج زوجها مبتديا فتوفى رجعت ولا تقيم تعتد فى البادية رواه ابن وهب عن مالك ووجه ذلك ان لها مسكنا فى موضع استيطان وقرار تلزمها العدة فيه فكان عليها أن ترجع اليه على ما تقدم من قولنا فى القرب والبعد وأما البدوية فليس لها مسكن فى موضع استيطان فلم يكن بعض الجهات أحق بها من بعض مع انه ليس من عادتها الاستيطان فلا تلزمها العدة الا على المعتاد من حالها

(فصل) ومعنى قوله تنتوى مع أهلها حيث انتوا وانتزل حيث نزلوا من ثويت المنزل وأهلها عشيرتها الذين ترجع اليهم وتحتمى بهم والله أعلم ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة الا فى بيتها ﴾ ش قوله رضى الله عنه لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة الا فى بيتها يريد البيت تسكن فيه على حسب ما كانت تسكنه قبل وفاة زوجها فان كان مسكنا واحدا فهى على ما كانت فيه وان كان فى حجرتها بيوت كثيرة وكانت تسكن بيتا منها وفيه متاعها قال مالك لا تبيت الا فى بيتها واسطوانها وبيوتها لها أن تبيت من ذلك حيث شاءت ولم تنو بذلك انها لا تبيت الا فى الذى كان فيه متاعها ووجه ذلك ان جميع المسكن الذى هى فيه من

* وحدثنى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه كان يقول فى المرأة البدوية يتوفى عنها زوجها انها تنتوى حيث انتوى أهلها * قال مالك وهذا الامر عندنا * وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة الا فى بيتها

حجرتها واسطوانها و بيتها سكن لها فلها أن تبيت حيث شاءت منه ولو كانت فى مقصورة من الدار وفى الدار مقاصير لقوم آخرين لم يكن لها أن تبيت الا فى حجرتها التى فى يدها ومعنى ذلك انه لم يكن لها سكنى بغيرها من المقاصير بل كانت مساكن لغيرها فلا يحق لها أن تعتد فيه كسائر الدور

﴿ عدة أم الولد اذا توفى عنها سيدها ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت القاسم بن محمد يقول ان يزيد بن عبد الملك فرّق بين رجال و بين نسائهم وكنّ أمهات أولاد رجال هلكوا فزوجوهن بعد حيضة أو حيضتين ففرّق بينهم حتى يعتددن أربعة أشهر وعشرا فقال القاسم بن محمد سبحان الله يقول الله فى كتابه والذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا ماهن من الأزواج * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال عدة أم الولد اذا توفى عنها سيدها حيضة * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه كان يقول عدة أم الولد اذا توفى سيدها حيضة قال مالك وهو الأمر عندنا * قال مالك وان لم تكن ممن تحيض فعدتها ثلاثة أشهر ﴾ ش قوله ان يزيد بن عبد الملك فسخ نكاح أم ولد تزوجت قبل أن تعتد أربعة أشهر وعشرا ولعل يزيد بن عبد الملك أخذ بقول سعيد بن المسيب والزهرى وعمر بن عبد العزيز ان عدة أم الولد يتوفى سيدها أربعة أشهر وعشر وروى ذلك رجاء بن حيوة وقد قيل ان قبيصة لم يسمع من عمر وقول القاسم يقول الله تعالى فى كتابه والذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا ماهن من الأزواج انما يصح أن يحتج به على من يوجب ذلك من الآية و يتعلق بعمومها فيصح من القاسم أن يمنعه من ذلك و يقول ان اسم الأزواج لا يتناول أمهات الأولاد وانما يتناول الزوجات دون من يستباح بملك اليمين وأما من لم يتعلق بذلك فلا يصح أن يحتج عليه بما قاله القاسم لجواز أن يثبت هذا الحكم لهن من غير الآية بقياس أو غير ذلك من أنواع الأدلة و يحتمل أن يكون القاسم يتعلق بدليل الخطاب من الآية

(فصل) وقول ابن عمر والقاسم بن محمد ان عدة أم الولد يتوفى سيدها حيضة هو قول مالك والشافعى و به قال الشعبى وأبو قلابة وأحمد بن حنبل وقال أبو حنيفة والثورى عدتها ثلاث حيض وهو قول على وابن مسعود والنخعى وقال طاوس وقتادة عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها والدليل على مانقوله ان هذه أمة موطوءة بملك اليمين فكان استبراؤها بحيضة أصل ذلك الأمة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهل هى عدة أو استبراء محض الذى ذكره القاضى أبو محمد فى معونته ان الحيضة استبراء وليست بعدة وفى المدونة عليها العدة وعدتها حيضة كعدة الحرائر ثلاث حيض . وجه القول الأول ان هذه أمة موطوأة بملك يمين فلم يجب فيها عدة وانما هو الاستبراء كالأمة التى لم تلد من سيدها ووجه القول الثانى ما احتج به من انها لو مات سيدها أو أعتقها فى حيضتها لم تجزها تلك حتى تحيض بعد وفاته بخلاف الأمة فانه اذا باعها سيدها فى أول دمها أجزأ ذلك من استبرائها ومعنى ذلك أنه يعتبر فى أم الولد الخروج من طهر الى حيض وهذا حكم العدة وأيضا فانه يقدر لها حكم الفراش بكونها أم ولد ولو زوجها فتوفى زوجها وسيدها غائب فأتت بولد بعد عدتها فزعمت انه من سيدها الحق به الا أن ينكر وطأها لانها أم ولد ولو استبرأ السيد أمته ثم أعتقها كان له أن يتزوج مكانها ولو استبرأ أم ولده ثم أعتقها لم يكن لها أن تتزوج حتى تحيض حيضة قاله مالك ووجه ذلك ماقدمناه من ان أم الولد لما ثبت لها أصل لازم فى الحرية بالشرع كانت كالحرة فى وجوب العدة بأنواع الفرقة فى الحياة والموت وان كانت حيضة واحدة لنقص حرمة الأمة وانما وجبت عليها العدة حال الرق استبراء من وطء بوطء يمين

﴿ عدة أم الولد اذا توفى عنها سيدها ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت القاسم بن محمد يقول ان يزيد بن عبد الملك فرق بين رجال و بين نسائهم وكنّ أمهات أولاد رجال هلكوا فزوجوهنّ بعد حيضة أو حيضتين ففرق بينهم حتى يعتددن أربعة أشهر وعشرا فقال القاسم ابن محمد سبحان الله يقول الله فى كتابه والذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا ماهنّ من الازواج * وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال عدة أم الولد اذا توفى عنها سيدها حيضة * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم ابن محمد أنه كان يقول عدة أم الولد اذا توفى سيدها حيضة * قال مالك وهو الأمر عندنا * قال مالك وان لم تكن ممن تحيض فعدتها ثلاثة أشهر

يسار كانا يقولان عدة الامة اذا هلك عنها زوجها شهران وخمس ليال * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب مثل ذلك قال مالك فى العبد يطلق الامة طلاقا لم يبتها فيه له عليها فيه الرجعة ثم يموت وهى فى عدتها من طلاقه انها تعتد عدة الامة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وانها ان عتقت وله عليها رجعة ثم لم تختر فراقه بعد العتق حتى يموت وهى فى عدتها من طلاقه اعتدت عدة الحرة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وذلك انها انما وقعت عليها عدة الوفاة بعد ما عتقت فعدتها عدة الحرة * قال مالك وهذا الامر عندنا

﴿ ماجاء فى العزل ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ربيعه بن أبى عبد الرحمن بن محمد بن يحيى ابن حبان عن ابن محيريز أنه قال دخلت المسجد فرأيت أباسعيد الخدرى فجلست اليه فسألته عن العزل فقال أبو سعيد الخدرى خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة بنى المصطلق فاصبنا سبيا من سبى العرب فاشتهينا النساء

وذلك حيضة وقد يكون استبراء محضا وقد يكون عدة كالثلاثة الأشهر ويكون استبراء ويكون عدة فى المطلقة والأمة المتوفى عنها زوجها (فرع) فاذا قلنا انها عدة فقد قال مالك لاأحب أن تواعد أحدا بنكحها حتى تحيض حيضة قال ابن القاسم وبلغنى عنه أنه قال لاتبيت الا فى بيتها فأثبت لمدة استبرائها حكم العدة وروى ابن المواز عن ابن القاسم لها المبيت فى غير بيتها فى العتق والوفاة وجه القول الأول أنه استبراء يلزم مع عدم الوطء الذى يوجب الاستبراء فكان عدة تثبت فيه أحكام العدة كعدة الحرة ووجه القول الثانى انه استبراء سببه ملك اليمين فكان استبراء كاستبرائها للبيع (مسئلة) ولو غاب سيد أم الولد عنها غيبة طويلة فتوفى بعد ما حاضت فى غيبته لم يجزها ذلك حتى تعتد بعد وفاته قاله ابن القاسم فى المدونة وكذلك لو انقضت عدتها من زوجها فلم يطأها سيدها حتى توفى فان عليها أن تعتد بحيضة والله أعلم

﴿ عدة الأمة اذا توفى زوجها أوسيدها ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار كانا يقولان عدة الأمة اذا هلك عنها زوجها شهران وخمس ليال وعن ابن شهاب مثل ذلك ﴾ ش قولهم عدة الأمة يتوفى عنها زوجها شهران وخمس ليال على ما تقدم لان عدتها نصف عدة الحرة وعدة الحرة أربعة أشهر وعشر ولا نعلم فى ذلك خلافا الا ما روى عن ابن سيرين وليس بالثابت انه قال عدتها عدة الحرة وعلى ما قدمناه الاجماع والله أعلم ص ﴿ قال مالك فى العبد يطلق الأمة طلاقا لم يبتها فيه له عليها فيه الرجعة ثم يموت وهى فى عدتها من طلاقه انها تعتد عدة الأمة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وانها ان عتقت وله عليها رجعة ثم لم تختر فراقه بعد العتق حتى يموت وهى فى عدتها من طلاقه اعتدت عدة الحرة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وذلك انها انما وقعت عليها عدة الوفاة بعد ما عتقت فعدتها عدة الحرة قال مالك وهذا الأمر عندنا ﴾ ش وهذا على حسب ما قال فى الأمة التى يطلقها زوجها طلقة رجعية ثم يموت وهى فى عدتها تلك انها تعتد عدة الأمة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وذلك انها لما كانت رجعية وكانت من الأزواج ما دامت فى العدة ولزمها عدة الوفاة بموته وهى أمة فكان عليها شهران وخمس ليال ولو كان الطلاق بائنا لم تنتقل الى عدة الوفاة لانها ليست من الزوجات كما لو انقضت العدة

(فصل) وقوله ولو أعتقت فى العدة ولم تختر فراقه يريد انها لو اختارت فراقه لبانت بذلك عنه ولم يكن لها حكم الزوجات ولا انتقلت الى عدة وفاة فاذا لم تختر فراقه بقيت على حكم الرجعة فكانت من الأزواج يلزمها بموته الانتقال الى عدة الوفاة فاذا توفى بعد الحرية لزمتها عدة الوفاة وهى حرة فكان عليها عدة الحرائر أربعة أشهر وعشر ولو توفى عنها وهى أمة ثم أعتقت بعد ذلك لم تكن عليها الا عدة الاماء لان العدة وجبت عليها وهى أمة فلا ينقلها عن حكم الاماء ما طرأ بعد ذلك من الحرية والله أعلم

﴿ ماجاء فى العزل ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن بن محمد بن يحيى بن حبان عن ابن محيريز أنه قال دخلت المسجد فرأيت أباسعيد الخدرى فجلست اليه فسألته عن العزل فقال أبو سعيد الخدرى خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة بنى المصطلق فأصبنا سبيا من سبى العرب فاشتهينا النساء

واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء فأردنا أن نعزل فقلنا نعزل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا قبل أن نسأله فسألناه عن ذلك فقال ماعليكم أن لاتفعلوا مامن نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهى كائنة * ش سؤال ابن محيريز لأبى سعيد الخدرى رضى الله عنه عن العزل واخباره له بما عنده فى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم على حسب ما كان يفعله العلماء من الصحابة فى الجواب على ماسئلوا عنه بما عندهم فيه نص وانما كانوا يفزعون الى غير النصوص من القياس والاستدلال عند عدم النصوص وأما مع وجود النصوص فكانوا لايتعلقون بغيرها لاسيما اذا كان السائل لهم من أهل العلم وممن يرجى أن يفهم مايرد عليه من ذلك وينقله على وجهه وغزوة بنى المصطلق كانت سنة خمس

(فصل) وقوله فأصبنا سبيا من سبى العرب فاشتهينا النساء يحتمل أن يكون بنو المصطلق وان كانوا من العرب يدينون بدين أهل الكتاب من اليهود أو النصارى فلذلك جاز للمسلمين وطؤهن بملك اليمين وملك النكاح لقوله تعالى والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ويحتمل أن يكونوا ممن يدين بدين العرب فاستباح المسلمون وطء من أسلم منهن بعد الاسترقاق وامتنعوا ممن لم يكن أسلم

(فصل) وقوله واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء وأردنا أن نعزل ظاهره ان الحمل الذى يترقبه من لم يعزل يمنع الفداء وهو البيع ولايصح أن يريد به الفداء بالرد الى الأهل على قولنا انهن قد أسلمن لان من أسلم منهن لم تكن تريد أن ترد الى الكفار مما كانوا عليه من تعذيب من أسلم والاضرار به ومع ذلك فالفداء نوع من البيع فدل هذا على أن الحمل يمنع البيع والفداء ووجه آخر وهو انه لاخلاف ان الحمل لايمنع الفداء الذى يمنع الرد الى الأهل فى غير المسلمة ولا يمنعه فى المسلمة اذا أخرجت الى حربية فلم يبق الا أن يراد به مايمنع الخروج عن ملك السيد الى الاسترقاق وعلى هذا مذهب جميع الفقهاء فى جميع الأمصار انه لايجوز بيع أم الولد والدليل على ذلك الحديث المذكور ودليلنا من جهة القياس ان هذا حمل عن ملك يمين فوجب أن يمنع بيع الحائل أصل ذلك حال الحمل ومعنى ذلك انه يعتق على أبيه بنفس حدوثه وهو فى ذلك الحال عضو من أعضاء الاماء فسرى اليها حكم العتق ولم يتعجل لان انفصاله منها غايته ص * مالك عن أبى النضر مولى عمر بن عبيد الله عن عامر بن سعد بن أبى وقاص عن أبيه انه كان يعزل * مالك عن أبى النضر مولى عمر بن عبيد الله عن أبى أفلح مولى أبى أيوب الأنصارى عن أم ولد لأبى أيوب الأنصارى أنه كان يعزل * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان لايعزل وكان يكره العزل * ش ماروى عن سعد وأبى أيوب انهما كانا يعزلان وكره ذلك ابن عمر هذا مما اختلف فيه الصحابة فذهب الجمهور الى اباحته وذهب ابن عمر وغيره الى كراهيته وقال بعضهم هو الموؤدة الصغرى وقال على بن أبى طالب لا يكون موؤدة حتى تأتى عليه حالات الخلق السبعة فقال عمر صدقت يريد أن يكون نطفة ثم علقة ثم مضغة ثم عظاما ثم لحما ثم تصور ثم تستهل ويحتمل أن يكون من كره ذلك تعلق بقوله صلى الله عليه وسلم ماعليكم أن لاتفعلوا معناه والله أعلم لايضركم ذلك انما هو على وجه الكراهة والندب الى ترك ذلك دون المنع والتحريم والذى عليه جمهور الفقهاء ان العزل جائز على شروط سنذكرها بعد هذا ووجه ذلك أن قوله صلى الله عليه وسلم ماعليكم أن لاتفعلوا مامن نسمة كائنة الى يوم القيامة إلا وهى كائنة ندب منه صلى الله عليه وسلم الى نهاية التوكل واشارة الى فضيلة من عول على ذلك وهذا

واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء فأردنا أن نعزل فقلنا نعزل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا قبل أن نسأله فسألناه عن ذلك فقال ماعليكم أن لاتفعلوا مامن نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهى كائنة * وحدثنى عن مالك عن أبى النضر مولى عمر بن عبيد الله عن عامر بن سعد بن أبى وقاص عن أبيه انه كان يعزل * وحدثنى عن مالك عن أبى النضر مولى عمر بن عبيد الله عن أبى أفلح مولى أبى أيوب الانصارى عن أم ولد لأبى أيوب الانصارى انه كان يعزل * وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان لا يعزل وكان يكره العزل

* وحدثني عن مالك عن ضمرة بن سعيد المازني عن الحجاج بن عمرو بن غزية أنه كان جالسا عند زيد بن ثابت فجاءه ابن فهد رجل من أهل اليمن فقال يا أبا سعيد ان عندي جواري لي

ليس نسائي اللاتي أكن بأعجب الي منهن وليس كلهن يعجبني أن تحمل مني أفأعزل فقال زيد بن ثابت أفته يا حجاج قال فقلت يغفر الله لك انما نجلس عندك لنتعلم منك قال أفته قال فقلت هو حرثك ان شئت سقيته وان شئت أعطشته قال وكنت أسمع ذلك من زيد فقال زيد صدق * وحدثني عن مالك عن حميد بن قيس المكي عن رجل يقال له ذفيف أنه قال سئل ابن عباس عن العزل فدعا جارية له فقال أخبريهم فكأنها استحيت فقال هو ذلك أما أنا فأفعله يعني أنه يعزل * قال مالك لا يعزل الرجل عن المرأة الحرة الا باذنها ولا بأس أن يعزل عن أمته بغير اذنها ومن كان تحته أمة قوم فلا يعزل الا باذنهم

﴿ ما جاء في الاحداد ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن حميد بن نافع عن زينب بنت أبي سلمة انها أخبرته بهذه الأحاديث الثلاثة قالت زينب دخلت على أم حبيبة زوج النبي صلى الله عليه وسلم حين توفي أبوها أبو سفيان بن حرب فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت به جارية ثم مسحت بعارضيها ثم قالت والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشرا قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت جحش زوج النبي صلى الله

كما قال صلى الله عليه وسلم في السبعين ألفا الذين يدخلون الجنة بغير حساب انهم هم الذين لا يكتوون ولا يسترقون ولا يتطيرون وعلى ربهم يتوكلون وأباح مع ذلك الاسترقاء والاكتواء الا أنه ترك لنهاية التوكل ص ﴿ مالك عن ضمرة بن سعيد المازني عن الحجاج بن عمرو بن غزية أنه كان جالسا عند زيد بن ثابت فجاءه ابن فهد رجل من أهل اليمن فقال يا أبا سعيد ان عندي جواري لي ليس نسائي اللاتي أكن بأعجب الي منهن وليس كلهن يعجبني أن تحمل مني أفأعزل فقال زيد بن ثابت أفته يا حجاج قال فقلت يغفر الله لك انما نجلس عندك لنتعلم منك قال أفته قال فقلت هو حرثك ان شئت سقيته وان شئت أعطشته قال وكنت أسمع ذلك من زيد فقال زيد صدق ﴾ ش قوله انه يريد أن يعزل عن جوارية لما ذكره وتصديق زيد بن ثابت الحجاج حين قال له هو حرثك ان شئت سقيته وان شئت أعطشته على معنى اباحة ذلك وتخييره فيه وانما أمر زيد الحجاج أن يفتيه على معنى التدريب له ولعله أراد أن يجربه في مثل هذا مما علم انه سمعه منه لينشطه بذلك على طلب العلم ص ﴿ مالك عن حميد بن قيس المكي عن رجل يقال له ذفيف أنه قال سئل ابن عباس عن العزل فدعا جارية له فقال أخبريهم فكأنما استحيت فقال هو ذلك أما أنا فأفعله يعني أنه يعزل ﴾ ش قوله رضي الله عنه للجارية أن تخبرهم عن العزل على معنى الاشارة الى انه يفعل ذلك مع تلك الجارية ولم يكره أن يسمع ذلك منها لما فيه من اظهار الحق فلما استحيت أعلمهم أن سكوتها انما كان من أجل الحياء وانه يفعل ذلك فتجاوز حد الاباحة له الى الاخبار عن نفسه بانه يفعله ص ﴿ قال مالك لا يعزل الرجل عن المرأة الحرة الا باذنها ولا بأس أن يعزل عن أمته بغير اذنها ومن كان تحته أمة قوم فلا يعزل الا باذنهم ﴾ ش قوله لا يعزل عن المرأة الحرة الا باذنها هو قول جماعة الفقهاء وذلك أن للحرة حقا في الاستمتاع وطلب النسل فلما لم يكن له أن يمتنع من وطئها لم يكن له أن يمتنع من انزاله كما له وأما الأمة فان لسيدها أن يعزل عنها كما له أن يمتنع من وطئها ومن كانت زوجته أمة قوم فان حق ساداتها متعلق بطلب الولد لانه يكون رقيقا لهم فلذلك لا يجوز للزوج أن يعزل الا باذنهم * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي ان للأمة فيه حقا قد ثبت بعقد النكاح فلا يجوز له أن يعزل الا باذنها واذنهم لانه وطء زوجته فللزوجة فيه حق والله أعلم

﴿ ما جاء في الاحداد ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن حميد بن نافع عن زينب بنت أبي سلمة أنها أخبرته بهذه الأحاديث الثلاثة قالت زينب دخلت على أم حبيبة زوج النبي صلى الله عليه وسلم حين توفي أبوها أبو سفيان بن حرب فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت به جارية ثم مسحت بعارضيها ثم قالت والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشرا قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت جحش زوج النبي صلى الله

عليه وسلم حين توفي أخوها فدعت بطيب فمست به ثم قالت والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر

تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشرا قالت زينب وسمعت أمي أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم تقول جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينيها أفتكحلهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول قال حميد بن نافع فقلت لزينب وما ترمي بالبعرة على رأس الحول فقالت زينب كانت المرأة اذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيأ حتى تمر سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتض به فقلما تفتض بشيء الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره قال مالك والحفش البيت الردىء وتفتض تمسح به جلدها كالنشرة * وحدثني عن مالك عن نافع عن صفية بنت أبي عبيد عن عائشة وحفصة زوجي النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج

عليه وسلم حين توفي أخوها فدعت بطيب فمست به ثم قالت والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشرا قالت زينب وسمعت أمي أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم تقول جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينيها أفتكحلهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول قال حميد بن نافع فقلت لزينب وما ترمي بالبعرة على رأس الحول فقالت زينب كانت المرأة اذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيأ حتى تمر سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتض به فقلما تفتض بشيء الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره قال مالك والحفش البيت الردىء وتفتض تمسح به جلدها كالنشرة * مالك عن نافع عن صفية بنت أبي عبيد عن عائشة وحفصة زوجي النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج * ش قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر يحتمل أن يكون هذا الحكم يختص بالمؤمنات ويحتمل أن يكون على سبيل الترغيب في ذلك والوعيد لمن خالفه بمعنى ان هذا لا يتركه من يؤمن بالله واليوم الآخر وهذا كقوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه وقد اختلف قول مالك في تعلق حكم الاحداد بالكتابية يتوفى عنها زوجها المسلم فروى عنه أشهب لا احداد عليها وبه قال أبو حنيفة وروى عنه ابن القاسم وغيره ان عليها الاحداد كالمسلمة وبه قال الشافعي وجه الرواية الاولى أن الاحداد عبادة والكتابية ليست من أهل العبادة ووجه الرواية الثانية أن هذا حكم من أحكام العدة فلزمت الكتابية للمسلم كلزوم المسكن والعدة (مسئلة) ومن تزوج امرأة فمات بعد بنائه بها فتبين أن نكاحهما فاسد قال ابن القاسم في المدونة لا احداد عليها ولا عدة وتستبرئ بثلاث حيض ووجه ذلك انها ليست بمعتدة من وفاة فلم يلزمها احداد كالمطلقة * قال القاضي أبو الوليد وهذا عندي في التي يفسخ نكاحها ولم يثبت بينهما شيء من أحكام النكاح من توارث ولا غيره وأما التي يثبت بينهما أحكام التوارث فانها تعتد عدة الوفاة ويلزمها الاحداد والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الاحداد ترك الزينة من اللباس والطيب والحلي والكحل يقال حدت المرأة فهي حاد وأحدت فهي محدة قال أبو زيد ولم يعرف الاصمعي حدت فأعلم صلى الله عليه وسلم انه محرم على النساء أن تستديم احداهن الاحداد على الميت فوق ثلاث ولم يمنع من الثلاث لكونها في جملة ما يقصر من المدد التي ربما ترك الزينة بها من لا يقصد ذلك وربما شق في هذه المدة التطيب والخروج عن حكم الاحداد مع فجأة أول أمر الحزن والمصيبة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الا على زوج أربعة أشهر وعشرا وهذا على معنى الايجاب

لا على معنى الاباحة فاستثنى من التحريم الايجاب وهذا يقتضى أن لفظة افعل بعد الحظر على بابها خلافا لمن قال من أصحابنا وغيرهم انها تقتضى الاباحة والله أعلم (مسئلة) وسواء كانت حرة أو أمة صغيرة أو كبيرة و به قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا احداد على أمة ولا صغيرة والدليل على مانقوله قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا وقد اتفقنا على انه على الوجوب فوجب أن يحمل على عمومه ومن جهة المعنى ان كل من لزمها عدة الوفاة على زوج لزمها الاحداد كالحرة الكبيرة (فرع) اذا ثبت ذلك فليس لموالى الأمة منعها من الاحداد والمبيت فى موضع عدتها وتخرج بالنهار فى حوائجهم وان أرادوا بيعها لم يلبسوها ولا يصنعوا بها مالا يجوز للحاد قاله مالك ووجه ذلك أن هذا حكم من أحكام النكاح فلم يكن لهم منعها منه كملك الزوج الاستمتاع بها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ان تحد على ميت يقتضى اختصاص هذا الحكم بالوفاة وأما حكم المطلقة فلا تعلق له بالحديث وقد قال مالك لا احداد على مطلقة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة عليها الاحداد ويروى عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والدليل على مانقوله أن هذه مطلقة فلا احداد عليها كالرجعية ووجه آخر وهو أن المتوفى فارق زوجته وهو على نهاية الاشفاق عليها والرغبة فيها ولم تكن المفارقة من قبله فلزمها لذلك الاحداد واظهار الحزن والمطلقة فارقها مختارا لفراقها مقابحا لها فلا يتعلق بها حكم الاحداد كالملاعنة

(فصل) وقول المرأة ان ابنتى اشتكت عينها أفتكحلها يحتمل أن تريد أنها اشتكت عينها وقد برئت أفتتمادى على الاكتحال ويحتمل أن تريد اشتكت عينها وهى الآن على ذلك الا أنها استأذنت فى كحل زينة ولم تستأذن فيما تداوى به العين مما لا زينة فيه مما يجعل خارج العين أو يقطر فيه فلا تكون فيه زينة فمنعها صلى الله عليه وسلم من ذلك لما رأى أنها سألته عما لا ضرورة بها اليه ووجدت لمالك ولم أتحققه انه قال لا تكتحل المتوفى عنها زوجها بالاثمد ولا بشئ فيه سواد ولا بصفرة أو شئ يغير الالوان ولا تكتحل باثمد فيه طيب ولا مسك وان اشتكت عينها وان صحت عنه هذه الرواية فمعناها أن لا تدعو الى ذلك ضرورة فقد أشار فى الحديث الى انها تكتحل بما فيه صبر اذا دعت الى ذلك ضرورة وهو المعروف من مذهبه ويحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قد فهم منه خفة المرض ويسارة الصبر عليه وانه يرجى برؤه وتوقفه من غير كحل ولذلك قالت أم سلمة لامرأة حاد على زوجها اشتكت عينها اكتحلى بكحل الجلاء بالليل وامسحيه بالنهار وقال سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار اذا خشيت على بصرها من رمد بها أو شكوى أصابتها أنها تكتحل وتتداوى بدواء أو بكحل وان كان فيه طيب وقال ابن المواز عن مالك ان اكتحلت من علة وضرورة بالصبر بالليل فلتمسحه بالنهار وان كان فيه طيب عند الضرورة فدين الله يسر وقال مالك فى المختصر الصغير لا تكتحل الحاد الا ان تضطر فتكتحل بالليل وتمسحه بالنهار من غير طيب يكون فيه فيحتمل أن يريد بهذا أنها لم تضطر الى الطيب

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انما هى أربعة أشهر وعشر على وجه الاخبار بمدة الاحداد الواجب على زوجة المتوفى وذلك أربعة أشهر وعشر فان ارتابت هذه المعتدة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن القاسم عن مالك أن الاحداد عليها حتى تنقضى الريبة وان بلغت خمس سنين

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وقد كانت احداكن ترمى بالبعرة على رأس الحول روى ابن

مزين عن عيسى بن وهب أنها كانت تؤتى ببعرة من بعر الغنم فترمى بها من وراء ظهرها وروى عن نافع أنها كانت ترمى بالبعرة أمامها وليس وراء ظهرها كما قال بعض الناس قال ابن وهب فذلك أجلها وقد رأيت لغيره انها كانت تتأول فى ذلك لن صبرها مدة الحول على ما كانت فيه أهون عليها من الرمى بهذه البعرة وقد روى أن قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا الى الحول غير اخراج نزل فى ذلك ثم نسخ بقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا تقديره على ما قال أبو الحسن الأخفش يتربصن بعد وفاتهم أربعة أشهر وعشرا

(فصل) وما ذكرته زينب من حكم الحول من أنها كانت تسكن الحفش وتلبس شر ثيابها هو معنى الاحداد فذكرهن النبى صلى الله عليه وسلم ان ما ورد به الشرع فى مدة أربعة أشهر وعشر ليس مما كن يلتزمنه فى حول كامل نبههن على ذلك ترغيبا لهن فى التزام ما أمرهن الله به وخفف عنهن فيه من الاحداد ولا يتسرعن الى الممنوع منه بغير عذر فوجب ولا يستثقلن ما أوجب الله عليهن

(فصل) وقول مالك الحفش البيت الردىء روى ابن وهب عن مالك الحفش البيت الصغير وكذلك قال الخليل وقال أبو عبيد الحفش الدرج وجمعه أحفاش ولعله شبه البيت الصغير به وسماه باسمه

(فصل) وقوله فتفتض به قال مالك معناه تتمسح به كالنشرة وقال ابن زيد عن عيسى عن ابن وهب تفتض تمسح بيدها عليه أو على ظهره وقد قيل ان معنى ذلك أنها تنظف به حتى يصير كالفضة ويبعد هذا فى شئ من الحيوان لانه لا يتأتى به هذا وانما يتأتى به ما وصفه مالك رحمه الله أو ما قاله ابن وهب وقد قال ابن مزين عن عيسى ان معنى تفتض به تتمسح به لعلها الا انها كانت تقيم حولا لا تغتسل ولا تمس طيبا فيكثر عليها الوسخ وتشتد رائحة العرق فقلما تتمسح بشئ الا مات وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع ومحمد بن عيسى الأعشى مثله والله أعلم ص ﴿ مالك انه بلغه أن أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم قالت لامرأة حاد على زوجها اشتكت عينها فبلغ ذلك منها اكتحلى بكحل الجلاء بالليل وامسحيه بالنهار * مالك انه بلغه عن سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار انهما كانا يقولان فى المرأة يتوفى عنها زوجها انها اذا خشيت على بصرها من رمد بها أو شكوى أصابها أنها تكتحل وتتداوى بدواء أو بكحل وان كان فيه طيب قال مالك واذا كانت الضرورة فان دين الله يسر ﴾ ش قولها رضى الله عنها اكتحلى بكحل الجلاء بالليل وامسحيه بالنهار كحل الجلاء قال أبو عبيدة هو عندنا الاثمد سمى بذلك لانه يجلو البصر فيقويه أو يجلو الوجه فيحسنه وقولها وامسحيه بالنهار يقتضى انه لو كان ظاهرا ولذلك أمرتها بمسحه بالنهار * قال القاضى أبو الوليد وذلك عندى اذا لم تدع الى ابقاعه بالنهار ضرورة من شدة مرض ومخافة على البصر وبذلك قال سالم وسليمان انها اذا خشيت على بصرها انها تكتحل ولم يخصا كحلا من كحل وانما ذلك بحسب المرض وما تدعو الضرورة اليه واباحة ذلك وان كان فى الكحل والدواء طيب وأشار مالك الى أن ما أباحه من ذلك للضرورة فان دين الله يسر ص ﴿ مالك عن نافع أن صفية بنت أبى عبيدة اشتكت عينها وهى حاد على زوجها عبد الله بن عمر فلم تكتحل حتى كادت عيناها ترمضان ﴾ ش ومعنى ذلك انها أخذت بالشدة فى نفسها فصبرت على ما أصابها من مرض أو رمد فى عينها ولم تكحلهما وأشفقت من معالجتهما بذلك حتى كادت عيناها ترمضان والرمض قذى أبيض تلفظه العين يقال عين رمضاء وهذا يقتضى أن

وحدثنى عن مالك انه بلغه أن أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم قالت لامرأة حاد على زوجها اشتكت عينها فبلغ ذلك منها اكتحلى بكحل الجلاء بالليل وامسحيه بالنهار * وحدثنى عن مالك انه بلغه عن سالم بن عبد الله وسليمان ابن يسار انهما كانا يقولان فى المرأة يتوفى عنها زوجها انها اذا خشيت على بصرها من رمد أو شكو أصابها انها تكتحل وتتداوى بدواء أو كحل وان كان فيه طيب * قال مالك واذا كانت الضرورة فان دين الله يسر * وحدثنى عن مالك عن نافع أن صفية بنت أبى عبيدة اشتكت عينها وهى حاد على زوجها عبد الله بن عمر فلم تكتحل حتى كادت عيناها ترمضان

شكوى عينها كان أمراً خفيفاً لان الرمض يحدث فى العين من أيسر شكوى وهو قد أخبر أن ما أصابها كاد يبلغها ذلك ولم تبلغه وقال ابن القوطية رمضت العين ترمض اذا أضر بها القذى وهذا أشبه بنسق الحديث وظاهره فمعناه انه كاد أن يبلغ بما أصابها من شكوى عينها مع امساكها عن الكحل الى أن يضر بها الرمض والضرر واقع على مقادير مختلفة متباينة فيحتمل انه أراد الا أن كان يضر بها الرمض ضرراً يشتد عليها والله أعلم قال أبو عبيد الهروى هو رمضان بالضاد المعجمة مأخوذ من الرمضاء وهو اشتداد الحر على الحجارة حتى تحمى فتقول هاج بعينها من الحر مثل ذلك فشبه الحر الذى يظهر بالعين بذلك والمشهور من الرواية ما قدمناه والله أعلم ص ﴿قال مالك تدهن المتوفى عنها زوجها بالزيت والشيرق وما أشبه ذلك اذا لم يكن فيه طيب والله أعلم﴾ ش ومعنى ذلك انها تدهن رأسها وشعرها بالزيت والشيرق وهو زيت السمسم اذا لم يكن فيما تدهن به من ذلك طيب وقد قال فى المدونة لا تدهن بشئ من الأدهان المزينة ولا تمتشط بالحناء ولا بالكتم ولا بشئ يختمر فى رأسها ولا بأس أن تمتشط بالسدر وشبهه مما لا يختمر فى رأسها تكون له رائحة طيبة لا تمتشط به الحاد قال القاضى أبو محمد كالبان والخيرى ودهن الورد والبنفسج وما أشبه ذلك لما أمرت به من اجتناب الطيب والله أعلم وروى ابن المواز عن مالك لا تحضر عمل الطيب ولا تتجر به وان لم يكن لها كسب غيره حتى تحل (فرع) ولو مات زوجها بعد أن مشطت رأسها بشئ من ذلك ففى العتبية من رواية أشهب عن مالك لا تنفض مشطتها أرأيت لو اختضبت وقال بعض الصقليين اذا لزمت المرأة عدة الوفاة وعليها طيب فليس عليها غسله بخلاف من يحرم وعليه طيب وقد قال القاضى أبو محمد ان الكحل والحناء بما تجتنبه الحاد ولا تستعمله الا لضرورة ص ﴿قال مالك ولا تلبس الحاد على زوجها شيأ من الحلى خاتماً ولا خلخالاً ولا غير ذلك من الحلى ولا تلبس شيأ من العصب الا أن يكون عصباً غليظاً ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بشئ من الصبغ الا بالسواد ولا تمتشط الا بالسدر أو ما أشبه ذلك مما لا يختمر فى رأسها﴾ ش قوله لا تلبس الحاد شيأ من الحلى خاتماً ولا خلخالاً ولا غيره قال ابن مزين سألت عيسى فقلت له من الفضة والذهب قال نعم وروى ابن المواز عن مالك لا تلبس حلياً وان كان حريراً ولا خرصا فضة ولا غيره وفى الجملة ان كل ما تلبسه المرأة على وجه ما يستعمل عليه الحلى من التجمل فلا تلبسه الحاد ولعل عيسى انما قصر ذلك على الفضة والذهب لما كان هذا المعروف ببلده ولم يكن حلى الحرير ولم يتخذ بها ولم ينص أصحابنا على الجوهر واليواقيت والزمرد وهو داخل تحت قوله ولا غير ذلك من الحلى فكل ما يقع عليه هذا الاسم ممنوع عنده والله أعلم قال القاضى أبو محمد وجميع ما تتزين به النساء لأزواجهن

(فصل) وقوله ولا تلبس شيأ من العصب الا أن يكون عصباً غليظاً قال ابن القاسم لان رقيقه بمنزلة الثياب المصبغة ولم ير غليظه بمنزلة الثياب المصبغة وروى ابن مزين عن عيسى بن دينار تلبس الحاد الوشى الغليظ وحلة يمانية غليظة وانما كره لها أن تلبس من العصب وثياب اليمن الحلل والبرود لانها زينة وتلبس الحاد من المروى والشطوى والقصبى والاسكندرانى رقيقه وغليظه وقال مالك فى المدونة لا تلبس الحاد من الثياب المصبغة الدكن والخضر والصفر والمصبغات بغير الورس والزعفران والمعصفر قال القاضى أبو محمد لا تلبس الأحمر ولا الأصفر ولا الأخضر ولا الخلوق قال مالك صوفاً كان أو كتاناً أو قطناً ولا تلبس خزاً ولا حريراً مصبوغاً بزعفران ولا عصفر ولا خضرة ولا غير ذلك قال مالك فى كتاب ابن المواز ليس لها لبس الاسود ان كان حريراً وفى المدونة وتلبس

قال مالك تدهن المتوفى عنها زوجها بالزيت والشيرق وما أشبه ذلك اذا لم يكن فيه طيب * قال مالك ولا تلبس المرأة الحادّ على زوجها شيأ من الحلى خاتماً ولا خلخالاً ولا غير ذلك من الحلى ولا تلبس شيأ من العصب الا أن يكون عصباً غليظاً ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بشئ من الصبغ الا بالسواد ولا تمتشط الا بالسدر أو ما أشبه ذلك مما لا يختمر فى رأسها

أبيض الحرير قال القاضي أبو محمد وتلبس من ذلك الاسود والأبيض والسابرى * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي انهم يريدون بالاسود ما يسمى عندنا غرابيا وأما ما يصبغ بالسمائى فانه جميل ومما يتجمل به وقد قال القاضي أبو محمد كل ما كان من الألوان يتزين به النساء لأزواجهن فلتمنع منه الحاد ص ﴿ مالك انه بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة وهي حاد على زوجها أبي سلمة وقد جعلت على عينيها صبرا فقال ما هذا يا أم سلمة قالت انما هو صبر يارسول الله قال اجعليه بالليل وامسحيه بالنهار ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم اجعليه بالليل وامسحيه بالنهار يحتمل وجهين أحدهما الصبغ الذي يضارع ما يتجمل به والثاني الالباس على الناس فالجاهل يقلد فيه والعالم ينكره وقد روى عن مالك والمختصر الصغير لا تكتحل الحاد الا أن تضطر فتكتحل بالليل وتمسحه بالنهار من غير طيب يكون فيه ومعنى ذلك عندي بعذر المرض وما يبلغ من الألم و يبقى منه من الشدة ص ﴿ قال مالك الاحداد على الصبية التي لم تبلغ المحيض كهيئته على التي قد بلغت المحيض تجتنب ما تجتنبه المرأة البالغة اذا هلك عنها زوجها ﴾ ش وهذا على ما قال ان الاحداد يلزم الحرة الصغيرة على حسب ما يلزم الكبيرة وكذلك الأمة خلافا لأبي حنيفة والأصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ان امرأة سألته عن ابنة لها توفي عنها زوجها فاشتكت عينها أفتكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا ولم يسأل عن سنها استدل بهذا القاضي أبو محمد والدليل على ذلك من جهة المعنى ان كل من لزمتها العدة بالوفاة لزمها الاحداد كالكبيرة (مسئلة) فان كانت ممن يعقل الأمر والنهي وتلتزم ما حد لها أمرت بذلك وان كانت لا تدرك شيأ من ذلك تحد لصغرها فروى ابن مزين عن عيسى يجنبها أهلها ما تجتنبه الكبيرة وذلك لازم لها (فرع) اذا ثبت ذلك فليس لموالي الأمة منعها من الاحداد والمبيت في موضع عدتها ص ﴿ قال مالك تحد الأمة اذا توفي عنها زوجها شهرين وخمس ليال مثل عدتها ﴾ ش وهذا على ما قال ان الأمة تحد اذا توفي عنها زوجها خلافا لأبي حنيفة لانها معتدة من وفاة كالحرة ومدة الاحداد من عدتها شهران وخمس ليال لان عدتها نصف عدة الحرة على ما تقدم من اعتدادها بالاقراء والله أعلم (مسئلة) وهذا حكم أم الولد والمكاتبة والمدبرة لان كل من لزمتها عدة وفاة من زوجها لزمها الاحداد وانما يختلف حكم الحرية والرق من ذلك في المدة فعلى الحرة أربعة أشهر وعشر وعلى من فيها بقية رق شهران وخمس ليال ص ﴿ قال مالك ليس على أم الولد احداد اذا هلك عنها سيدها ولا على أمة يموت عنها سيدها احداد وانما الاحداد على ذوات الأزواج ﴾ ش وهذا على ما قال انه ليس على أم الولد ولا الأمة احداد اذا توفي عنها سيدها لانه ليس عليها عدة المتوفى عنها زوجها وانما عليها أن تحيض حيضة بعد وفاته وهذا له حكم الاستبراء أو حكم العدة وقد تقدم ذكره وبالله التوفيق ص ﴿ مالك انه بلغه ان أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كانت تقول تجمع الحاد رأسها بالسدر والزيت ﴾ ش قولها تجمع رأسها بالسدر والزيت على ما يفعله نساء المشرق من أن تجمع المرأة شعرها بشيء يحفظه لها من ريحان أو سدر أو غير ذلك فاذا كانت في حال احداد لم تجمع الا بما ليس فيه رائحة طيبة كالسدر ويكون ما تجمعه به من الادهان كالخل والزيت وهو الشيرق وما أشبه ذلك مما ليس بطيب والله أعلم تم كتاب الطلاق بحمد الله تعالى وحسن عونه وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

---

* وحدثني عن مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة وهي حاد على زوجها أبي سلمة وقد جعلت على عينيها صبرا فقال ما هذا يا أم سلمة فقالت انما هو صبر يارسول الله قال اجعليه بالليل وامسحيه بالنهار * قال مالك الاحداد على الصبية التي لم تبلغ المحيض كهيئته على التي قد بلغت المحيض تجتنب ما تجتنب المرأة البالغة اذا هلك عنها زوجها * قال مالك تحد الأمة اذا توفي عنها زوجها شهرين وخمس ليال مثل عدتها * قال مالك ليس على أم الولد احداد اذا هلك عنها سيدها ولا على أمة يموت عنها سيدها احداد وانما الاحداد على ذوات الازواج * وحدثني عن مالك انه بلغه أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كانت تقول تجمع الحاد رأسها بالسدر والزيت

عمرة بنت عبد الرحمن أن عائشة أم المؤمنين أخبرتها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا جاء يستأذن في بيتك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أراه فلانا لعم لحفصة من الرضاعة فقالت عائشة يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة * وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين انها قالت جاء عمي من الرضاعة يستأذن علي فأبيت أن آذن له على حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال انه عمك فائذني له قالت فقلت يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال انه عمك فليلج عليك قالت عائشة وذلك بعدما ضرب علينا الحجاب وقالت عائشة يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الرضاع ﴾

(رضاع الصغير)

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة بنت عبد الرحمن ان عائشة أم المؤمنين أخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وانها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا جاء يستأذن في بيتك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أراه فلانا لعم لحفصة من الرضاعة فقالت عائشة يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين انها قالت جاء عمي من الرضاعة يستأذن علي فأبيت ان آذن له حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال انه عمك فائذني له قالت فقلت يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال انه عمك فليلج عليك قالت عائشة وذلك بعدما ضرب علينا الحجاب وقالت عائشة يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ﴾ ش قولها لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل علي مع مشاهدة ما أباحه صلى الله عليه وسلم من دخول عم حفصة من الرضاع عليها مبالغة في تحقيق الحكم وما يتعلق به لجواز أن يكون هذا الحكم يختص بذلك الانسان أو يكون هناك معنى يعتبر يقترن بكونه عمها من الرضاعة فلما قال لها صلى الله عليه وسلم نعم علمت عموم الحكم واختصاصه بمعنى الرضاع

(فصل) وقولها في الحديث الثاني ان عمها من الرضاعة جاء يستأذن عليها فأبت أن تأذن له حتى تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كان حديث عمرة هو الأول فيحتمل أن يكون ذلك العم الذي سألت عنه وأخبرها النبي صلى الله عليه وسلم بأنه لو كان حيا دخل عليها أو كذ سببا من هذا العم الذي استأذن عليها بعد ذلك اما بأن يكون أخا من أب وأم لأبيها من الرضاعة ويكون الثاني الذي جاء يستأذن عليها أخا لأب أو لأم فتوقعت أن يكون ذلك الحكم يختص بالعم الأول أو يكون هذا العم أرضعته زوجة أخيه وزوجها حي والعم الثاني أرضعته زوجة أخيه بعد وفاة أخيه فتوقعت أن يكون هذا الحكم مقصورا على الأول وقد روي عن الشيخ أبي الحسن انه قال هما عمان أحدهما أخو أبيها يعني أبا بكر الصديق رضي الله عنه أرضعتهما امرأة واحدة وهو الذي في حديث عبد الله بن أبي بكر والعم الثاني الذي في حديث هشام هو أخو أبيها من الرضاعة بمعنى ان أباها رضع امرأة بلبن ذلك الفحل وقد روى ابن وهب عن أبي حازم ان المرأة التي أرضعت عائشة هي امرأة أخي الذي استأذن على عائشة وهو أظهر من قول الشيخ أبي الحسن وان كان حديث عروة هو الأول فانها أيضا انما أنكرت أن يستأذن عم حفصة عليها لما اعتقدت انه ليس له تلك الرتبة من العمومة التي يستحق بها الدخول عليها ولعله كان عما لحفصة بمعنى انه كان أخا لأبيها عم من الرضاعة فلما رأت النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك سألته عن عم كان لها في مثل درجته وقعدده فأعلمها النبي صلى الله عليه وسلم انه لو كان حيا لدخل عليها بمثل ذلك السبب

(فصل) وقولها يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل على معنى التثبت وابداء كل شبهة في النفس يعرض فيها لانها أعلمته بما لم يكن عنده من ذلك فان هذا مما لا يشك فيه أحد وانما

أنكرت أن يكون لزوج المرضعة تأثير فى التحريم لما كان التحريم متعلقا بالرضاع ولا حظ له فيه فلما قال له النبى صلى الله عليه وسلم انه عمك فليلج عليك تحققت ان ما اعترض فى نفسها من الشبهة ليس بشئ ولا يتعلق به حكم وثبت بذلك ان تحريم الرضاع يتعلق بجنبة زوج المرضعة كما تعلق بجنبة المرضعة .

(فصل) وقولها رضى الله عنها وذلك بعد ما ضرب علينا الحجاب تريد ان اباحة دخول العم من الرضاعة عليها كان بعد ان ضرب الحجاب ومنع أن يدخل عليهن الا ذو محرم وأما قبل أن يضرب الحجاب فلم يكن يمتنع من ذلك أحد من الاجانب والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة يقتضى ان كل من يتعلق به التحريم بسبب الولادة يتعلق به بسبب الرضاعة فكما ان الولادة تحرم الاعمام والاخوة والاجداد فكذلك سبب الرضاع ولا يمنع من ذلك أن يوجد اللبن بالمرأة دون الرجل كاللبن يوجد بالبكر لان غالب أحواله انه لا يكون الا عن ولادة ولكن يحمل ما يوجد من ذلك على عموم سببه أو خصوصه وقد وجد عيسى صلى الله على نبينا وعليه بغير أب ولم يمنع ذلك من أن يتعلق التحريم بجنبة الأب بسبب الولادة بجنبة الام (مسئلة) اذا ثبت ان للفحل تأثيرا فى اللبن فان ذلك التأثير يثبت بالوطء وان لم تقترن به ولادة قاله ابن القاسم واحتج بما روى عن مالك انه قال الماء يعمل اللبن وقال صلى الله عليه وسلم لقد هممت أن أنهى عن الغيلة قال مالك والغيلة أن يطأ الرجل المرأة وهى ترضع واذا كان للوطء تأثير فى اللبن وادراره دون ولادة جاز أن يكون له فى التحريم تأثير كما لو تقدمته ولادة (مسئلة) لو ولدت امرأة من رجل فارضعت المولود وفطمته ثم أرضعت بعد الفصال بذلك اللبن طفلا آخر لكان ذلك الرجل أبا له قاله ابن القاسم ووجهه ان أصل ذلك اللبن من وطئه فجميعه مضاف اليه حتى يقطع بينه وبين ما يأتى بعد انقطاعه وطء لغيره (مسئلة) ولو طلقها الزوج وهى ترضع فتزوجت غيره بعد انقضاء عدتها فحملت منه ثم أرضعت طفلا قال ابن القاسم اللبن لهما ما لم ينقطع لبن الأول وقد رواه ابن نافع عن مالك ووجه ذلك ان لوطء كل واحد منهما تأثيرا فى ذلك اللبن فوجب أن ينشر الحرمة فى جنبته ولم يذكر محمد فحملت منه ولا معنى لاعتبار الحمل وانما يعتبر الوطء قاله القاضى أبو محمد (مسئلة) وهذا اذا كان اللبن عن وطء حلال أو حرام قاله القاضى أبو محمد لانه لبن امرأة فكان له تأثير فى التحريم كما لو حدث عن وطء حلال واختلف فيه قول مالك فقال كل وطء لا يلحق به الولد فلا يحرم على الفحل ثم رجع الى أن يحرم وقال عبد الملك لا يلحقه بذلك اللبن حرمة حين لم يلحق به الولد ووجهه انه وطء زنى فلم تتعد حرمته الى جنبة الأب كحرمة النسب (مسئلة) وهذا اذا كان ما يدر من ثدى المرأة لبنا فان كان ماء أصفر أو غيره فلا يحرم رواه ابن سحنون عن ابن القاسم لان الرضاع مختص باللبن فوجب أن يختص حكمه به دون سائر المائعات (مسئلة) وهذا اذا كان اللبن بغير وطء كالبكر يمص ثديها الصبى فتدر عليه فان ذلك ينشر الحرمة بسببها دون سبب أب لانه لا أب له فى الرضاع ويدل على ذلك قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ولم يفرق بين الرضاع بلبن فحل أو غيره (مسئلة) وسواء كان لبن حية أو ميتة خلافا للشافعى والدليل على ما نقوله ان هذا لبن مؤثر فى التحريم ووصل الى جوف الرضيع فى الحولين مع الحاجة الى الاغتذاء به فوجب أن ينشر الحرمة كلبن الحية (مسئلة) واذا در الرجل على الطفل فأرضعه قال مالك لا يحرم شيأ انما قال الله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم

ووجه ذلك أن المعتاد رضاع النساء وهذا ان وجد فنادر ولا يتعلق به حكم لانه خارج من غير مخرجه المعتاد فاشبه مص دمه ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها أخبرته ان أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد أن أنزل الحجاب قالت فأبيت ان آذن له علي فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرته بالذي صنعت فأمرني أن آذن له علي ﴾ ش قولها ان أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها قال الشيخ أبو الحسن الدارقطني واسم أبي القعيس وائل بن أفلح وهو عم عائشة من الرضاعة وقولها وهو عمها من الرضاعة الظاهر ان أبا القعيس كان أباها من الرضاعة ولذلك ينتسب أفلح الى اخوة الا أن يكون نسب اليه لشهرته بالكنية أو غير ذلك فيكون أفلح بن أفلح أخا أبي القعيس وائل بن أفلح ولو كان أفلح أخا أبي بكر من الرضاعة لنسبته اليه لان الظاهر انها قصدت الى أن تبين وجه عمومته وتعلق التحريم الثابت له بالرضاعة

(فصل) وقولها فامرني أن آذن له علي مرتين تريد والله أعلم بما تقدم من الانتساب الذي ذكرته من كونه عمالها ص ﴿ مالك عن ثور بن زيد الديلي عن عبد الله بن عباس انه كان يقول ما كان في الحولين وان كان مصة واحدة فهو يحرم ﴾ ش قوله ما كان في الحولين وان مصة واحدة فانه يحرم يقتضي ان مدة الحولين مدة الرضاع اذا توالى فيها الرضاع واتصل ولو فطمته أمه فاستغنى بالطعام ثم أرضعته بعد ذلك امرأة في الحولين لم يحرم ذلك الرضاع وبه قال الأوزاعي وابن القاسم وأصبغ وقال مطرف وابن الماجشون يحرم الى انقضاء الحولين وبه قال الشافعي وجه القول الأول أن الحولين مدة لنهاية الرضاع واكماله قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فعلق ذلك بارادة الاتمام ولو لم يصح فطام قبل ذلك لما علق ذلك بارادة من يريد اتمام الرضاعة ووجه القول الثاني ان للحولين اختصاصا بالرضاع فاذا وجد فيهما حرم كما لو اتصل

(مسئلة) وانما يكون ذلك اذا فصل بين الرضاع الأول والثاني فطام كامل باستغنائه عن الرضاع بما انتقل اليه من الطعام فأما فطام يوم أو يومين فانه ينشر الحرمة لان الرضاع الثاني مما يغتذيه لانه لم ينتقل بعد عن التغذي قال معناه ابن القاسم والله أعلم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عمرو بن الشريد أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل كانت له امرأتان فأرضعت احداهما غلاما وأرضعت الأخرى جارية فقيل له هل يتزوج الغلام الجارية فقال لا اللقاح واحد ﴾ ش منع عبد الله بن عباس أن يتزوج الغلام الجارية لما قدمناه من انهما اخوان لأب من الرضاعة لان الذي در اللبن عن وطئه وأضيف اليه رجل واحد ولذلك قال عبد الله بن عباس اللقاح واحد فنص على معنى المسئلة والله أعلم ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول لا رضاعة الا لمن أرضع في الصغر ولا رضاعة لكبير ﴾ ش قوله لا رضاعة الا لمن أرضع في الصغر ولم يحد ذلك بالحولين يحتمل أن يريد ان ما قرب من الحولين في حكم الحولين دون زيادة عليهما وبه قال الشافعي وهو ظاهر ما في الموطأ عن مالك ورواه القاضي أبو الفرج عن مالك الا أن تنقص اليوم واليومين وما ينقص من الشهور اذ لا يتفق أن تكون الشهور كاملة وقد قال الله تبارك وتعالى حولين كاملين وروى اسمعيل القاضي عن ابن الماجشون الزيادة على الحولين بقدر الزيادة على الشهور ونقصانها ونحوه قال سحنون وروى عن مالك الزيادة اليسيرة على الحولين في حكم الحولين وجه القول الأول قول الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فوجه الدليل منها انه تعالى جعل

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها أخبرته ان أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد ان أنزل الحجاب قالت فابيت ان آذن له علي فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرته بالذي صنعت فأمرني ان آذن له علي

* وحدثني عن مالك عن ثور بن زيد الديلي عن عبد الله بن عباس انه كان يقول ما كان في الحولين وان كان مصة واحدة فهو يحرم

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عمرو بن الشريد أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل كانت له امرأتان فارضعت احداهما غلاما وأرضعت الاخرى جارية فقيل له هل يتزوج الغلام الجارية فقال لا اللقاح واحد

* وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول لا رضاعة الا لمن أرضع في الصغر ولا رضاعة لكبير

الحولين تمام الرضاعة فدل ان مازاد عليها ليس بمدة الرضاعة لان الرضاعة تمت قبلها ووجه الرواية الثانية ان مازاد على الحولين في حكم الحولين لانه لايستغني عن الرضاع بانقضاء الحولين بل يحتاج الى تدريج فكان ماقارب بهما وتم حكمهما في معناهما (فرع) فاذا قلنا باعتبار الزيادة على الحولين فكم قدر ذلك روى عبد الله بن عبد الحكم الزيادة اليسيرة وروى عبد الملك بن الماجشون الشهر ونحوه وروى ابن القاسم الشهر والشهران وروى الوليد بن مسلم والثلاثة وقال أبو حنيفة الحولان وستة أشهر بعدهما مدة الرضاع سواء فطم قبلها أو لم يفطم والدليل على مانقوله ان النص تناول حولين وانهما تمام الرضاع فانما يجب أن يكون تبعا لهما المدة اليسيرة التي ينقضي في مثلها حكم الفطام دون المدة الطويلة التي لها حكم نفسها فلا يحتاج الحولان اليها في تمام حكمها ص * مالك عن نافع ان سالم بن عبد الله أخبره ان عائشة أم المؤمنين أرسلت به وهو يرضع الى أختها أم كلثوم بنت أبي بكر فقالت ارضعيه عشر رضعات حتى يدخل علي قال سالم فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت فلم ترضعني غير ثلاث رضعات فلم أكن أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات * مالك عن نافع ان صفية بنت أبي عبيد أخبرته ان حفصة أم المؤمنين أرسلت بعاصم ابن عبد الله بن سعد الى أختها فاطمة بنت عمر بن الخطاب ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها وهو صغير يرضع ففعلت فكان يدخل عليها * ش قوله أرسلتني الى أم كلثوم ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها لانها تكون خالة له من الرضاع فيحرم بذلك عليها كما لو ولدته أم كلثوم وانما يجب أن تعتبر بهذا فيجعل المرضعة والدة فكل من كان يحرم عليه بها لو ولدته يجب أن تحرم عليه اذا أرضعته

(فصل) وقوله فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت يروى مرضت باضافة المرض الى سالم ويروى مرضت باضافة المرض الى أم كلثوم وهو الأظهر لان مرض سالم لم يكن يمنعها من ذلك وان منعها في وقت من الأوقات الا أن يبعد مكانه ويتعذر تكراره عليها

(فصل) وقوله فلم أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات ثم روي عنها انها قالت ثم نسخ ذلك بخمس رضعات يحرمن ولعل ما اعتقدته من النسخ لم يظهر اليها الا ما أمرت به في قصة سالم بن عبد الله ولم تتم الخمس رضعات الناسخة عندها فلم يكن يدخل عليها وروي علي بن أبي طالب وابن عباس تحرم القطرة الواحدة اذا وصلت الجوف في مدة الرضاع وبه قال سعيد بن المسيب ومالك وأبو حنيفة وروي عن عبد الله بن الزبير لاتحرم الرضعة ولا الرضعتان وروي عن عائشة عشر رضعات وروي عنها نسختها خمس رضعات والدليل على مانقوله قول الله تبارك وتعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ولم يفرق بين رضعة وأكثر من ذلك وأما الحديث الذي ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لاتحرم المصة ولا المصتان فمعناه عند شيوخنا أن المصة والمصتان لاتحرم لانه لايحصل بها اجتذاب شيء من اللبن حتى يتكرر ذلك ودليلنا من جهة المعنى ان هذا معنى ينشر الحرمة فلم تعتبر فيه الولادة والطهر ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه انه أخبره ان عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كان يدخل عليها من أرضعته اخواتها أو بنات أخيها ولا يدخل عليها من أرضعه نساء اخوتها * ش قوله كان لايدخل عليها من أرضعه نساء اخوتها ظاهره خلاف لما روته عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أذن لها أن يدخل عليها أخو أبي القعيس والأصح ان هذا وقع فيه بعض الوهم فيما روي من ذلك عنها فلم تكن لتخالف ما سمعته من النبي صلى الله عليه وسلم أو دخل عليها رضي الله عنها تأويل صرفت به ما سمعته من النبي صلى الله عليه وسلم عن

* وحدثني عن مالك عن نافع أن سالم بن عبد الله أخبره أن عائشة أم المؤمنين أرسلت به وهو يرضع الى أختها أم كلثوم بنت أبي بكر فقالت أرضعيه عشر رضعات حتى يدخل علي قال سالم فارضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت فلم ترضعني غير ثلاث رضعات فلم أكن أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات

* وحدثني عن مالك عن نافع ان صفية بنت أبي عبيد أخبرته ان حفصة أم المؤمنين أرسلت بعاصم ابن عبد الله بن سعد الى أختها فاطمة بنت عمر بن الخطاب ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها وهو صغير يرضع ففعلت فكان يدخل عليها

* وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه انه أخبره أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كان يدخل عليها من أرضعته أخواتها أو بنات أخيها ولا يدخل عليها من أرضعه نساء اخوتها

عمومه أو ماشاء الله تعالى من ذلك و يحتمل أن تريد به ان من أرضعته اخواتها أو بنات أخيها فأى وجه وجد الرضاع منهن ومن أى زوج كان أثبت حرمة الرضاع فى الدخول وغيره وأما نساء اخوتها فمن أرضعنه قبل أن يتزوجهن اخوتها لم يكن يدخل عليها ولا تثبت به حرمة الرضاع ص ﴿ مالك عن ابراهيم بن عتبة انه سأل سعيد بن المسيب عن الرضاعة فقال سعيد كل ما كان فى الحولين وان كانت قطرة واحدة فهو يحرم وما كان بعد الحولين فانما هو طعام يأكله قال ابراهيم بن عتبة ثم سألت عروة بن الزبير فقال مثل قول سعيد بن المسيب * مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت سعيد بن المسيب يقول لا رضاعة الا ما كان فى المهد والا ما أنبت اللحم والدم ﴾ ش قوله رضى الله عنه ما كان فى الحولين وان كانت قطرة واحدة فهو يحرم وعلى أى وجه وصل ذلك من وجور أو لدود رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه وكذلك ان كان مأكولا فى طعام أو مشروبا فى شراب فان ذلك كله يقع به التغذى وأما السعوط فقال ابن القاسم ان وصل السعوط الى جوف الصبى حرم وقال ابن حبيب يحرم على الاطلاق و به قال الشافعى وأما الحقنة فقال ابن القاسم ان كان فيه غذاء الصبى حرم والا فلا وقال ابن حبيب يحرم على الاطلاق وقال أبو محمد يبعد أن يصل الى موضع يحصل به التغذى والله أعلم (مسئلة) ولو مزج اللبن بطعام أو شراب أو دواء فتناوله صبى فان كان اللبن ظاهرا فيه نشر الحرمة وان غابت عينه ففى المدونة عن ابن القاسم لا يحرم شيأ و به قال أبو حنيفة وروى ابن حبيب عن مطرف و ابن الماجشون يحرم اذا كان الطعام أو الشراب الغالب وروى عنه القاضى أبو محمد هذه الرواية فقال يحرم وان كان اللبن مستهلكا وجه القول الاول ان استهلاكه يبطل حكمه بدليل ان الحالف لا يشرب لبنا لا يحنث قاله القاضى أبو محمد ووجه القول الثانى ان اختلاط اللبن بغيره لا يبطل حكمه كما لو لم يستهلك فيه لان الغذاء يحصل به للطفل فى الوجهين ص ﴿ مالك عن ابن شهاب انه كان يقول الرضاعة قليلها وكثيرها يحرم والرضاعة من قبل الرجال تحرم قال يحيى وسمعت مالكا يقول الرضاعة قليلها وكثيرها اذا كان فى الحولين تحرم قال فأما ما كان بعد الحولين فان قليله وكثيره لا يحرم شيأ وانما هو بمنزلة الطعام ﴾ ش قول مالك رحمه الله ما بعد الحولين من الرضاعة لا يحرم يحتمل وجهين أظهرهما ما يقتضيه اللفظ من أن الحولين مدة الرضاعة دون ما زاد عليها وقد رواه محمد بن عبد الله بن عبد الحكم وأبو الفرج وروى عن ابن الماجشون وسحنون والوجه الثانى أن يريد به الحولين وما فى حكمهما لان ما زاد على الحولين عنده فى حكم الحولين لانه به يتم حكمهما والمقصود منهما

﴿ ما جاء فى الرضاعة بعد الكبر ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب انه سئل عن رضاعة الكبير فقال أخبرنى عروة بن الزبير ان أبا حذيفة ابن عتبة بن ربيعة وكان من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وكان قد شهد بدرا وكان تبنى سالما الذى يقال له سالم مولى أبى حذيفة كما تبنى رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة وأنكح أبو حذيفة سالما وهو يرى أنه ابنه أنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهى يومئذ من

---

* وحدثنى عن مالك عن ابراهيم بن عتبة انه سأل سعيد بن المسيب عن الرضاعة فقال سعيد كل ما كان فى الحولين وان كانت قطرة واحدة فهو يحرم وما كان بعد الحولين فانما هو طعام يأكله قال ابراهيم بن عتبة ثم سألت عروة بن الزبير فقال مثل ماقال سعيد بن المسيب * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت سعيد بن المسيب يقول لا رضاعة الا ما كان فى المهد والا ما أنبت اللحم والدم * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب أنه كان يقول الرضاعة قليلها وكثيرها تحرم والرضاعة من قبل الرجال تحرم قال يحيى وسمعت مالكا يقول الرضاعة قليلها وكثيرها اذا كان فى الحولين تحرم فأما ما كان بعد الحولين فان قليله وكثيره لا يحرم شيأ وانما هو بمنزلة الطعام

﴿ ما جاء فى الرضاعة بعد الكبر ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب أنه سئل عن رضاعة الكبير فقال أخبرنى عروة بن الزبير ان أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان قد شهد بدرا وكان تبنى سالما الذى يقال له سالم مولى أبى حذيفة كما تبنى رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة وأنكح أبو حذيفة سالما وهو يرى أنه ابنه أنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهى يومئذ من

المهاجرات الأول وهي من أفضل أيامى قريش فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل فقال ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم رد كل واحد من أولئك الى أبيه فان لم يعلم أبوه رد الى مولاه فجاءت سهلة بنت سهيل وهي امرأة أبي حذيفة وهي من بني عامر بن لؤي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل علي وأنا فضل وليس لنا الا بيت واحد فماذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها وكانت تراه ابنا من الرضاعة فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال فكانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق وبنات أخيها أن يرضعن من أحبت أن يدخل عليها من الرجال وأبى سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس وقلن لا والله ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهلة بنت سهيل الا رخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم في رضاعة سالم وحده لا والله لا يدخل علينا بهذه الرضاعة أحد فعلى هذا كان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في رضاعة الكبير * وحدثني عن مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال جاء رجل الى عبد الله بن عمر وأنا معه عند دار القضاء يسأله عن رضاعة الكبير فقال عبد الله بن عمر جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقال اني كانت لي وليدة وكنت أطؤها فعمدت امرأتي اليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت

المهاجرات الاول وهي من أفضل أيامى قريش فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل فقال ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم ردّ كل أحد من أولئك الى أبيه فان لم يعلم أبوه ردّ الى مولاه فجاءت سهلة بنت سهيل وهي امرأة أبي حذيفة وهي من بني عامر بن لؤي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل عليّ وأنا فضل وليس لنا الا بيت واحد فماذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها ففعلت فكانت تراه ابنا من الرضاعة فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال فكانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق وبنات أخيها أن يرضعن من أحبت أن يدخل عليها من الرجال وأبى سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس وقلن لا والله ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهلة بنت سهيل الا رخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم في رضاعة سالم وحده لا والله لا يدخل علينا بهذه الرضاعة أحد فعلى هذا كان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في رضاعة الكبير * ش جواب ابن شهاب من سأله عن رضاعة الكبير بهذا الحديث وما تضمنه من الخلاف دليل على ترجحه في الامر وتوقيه فيه وقولها وأنا فضل قال ابن وهب مكشوفة الرأس والصدر وقيل معناه أن يكون معه ثوب واحد لا ازار تحته وقيل عن الخليل يقال رجل متفضل وفضل وهو المتوشح بثوب على عاتقيه خالف بين طرفيه ويقال امرأة فضل وثوب فضل فمعنى ذلك انه كان يدخل عليها وبعض جسدها متكشف وقوله صلى الله عليه وسلم ارضعيه خمس رضعات قال ابن المواز لو أخذ به في الحجابة خاصة لم أعبه وتركه أحب الينا قال وما علمت من أخذ به عاما الا عائشة رضي الله عنها وقد روى مسروق عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل فكأنه تغير وجهه كأنه كره ذلك فقالت انما هذا أخي فقال صلى الله عليه وسلم انظرن من أخواتك فانما الرضاعة من المجاعة وهذا يمنع التحريم برضاع الكبير ولعلها حملته على التحريم ومن جهة الفحل ان كان أخوها ذلك أخا رضاعة من قبل الفحل ولذلك كانت تأمر بارضاع من يدخل عليها أختها وبنات أخيها ولا تستبيح ذلك بارضاع نساء اخوتها وترى أن التحريم من قبل الفحل يختص بالصغير ولعلها كانت تقول به وترى التأويل ما تأولته وتأخذ في فعلها بالاحزم وما عين لنا أحد دخل عليها برضاعة الكبير وفي هذا الحديث الذي رواه مسروق عنها دليل على ان الرخصة في قصته مختصة به وبسهلة بنت سهيل لأنه لفظ خاص وقوله صلى الله عليه وسلم انما الرضاعة من المجاعة نفي لثبوت حكم الرضاعة في وقت لا يقع به الاغتذاء على عمومه فيجب أن يحمل على عمومه الا ما خص منه بحديث سالم والله أعلم ص * مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال جاء رجل الى عبد الله ابن عمر وأنا معه عند دار القضاء يسأله عن رضاعة الكبير فقال عبد الله بن عمر جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقال اني كانت لي وليدة وكنت أطؤها فعمدت امرأتي اليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت

دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر أوجعها وائت جاريتك فانما الرضاعة رضاعة الصغير * مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلا سأل أبا موسى الاشعرى فقال انى مصصت عن امرأتى من ثديها لبنا فذهب فى بطنى فقال أبو موسى لا أراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود أنظر ما تفتى به الرجل فقال أبو موسى فما تقول أنت فقال عبد الله بن مسعود لا رضاعة الا ما كان فى الحولين فقال أبو موسى لا تسألونى عن شئ مادام هذا الحبر بين أظهركم * ش قوله ان رجلا سأل عبد الله بن عمر هو أبو عبس عبد الرحمن بن حبير الانصارى سأل عن رضاعة الكبير عبد الله بن عمر فأخبره عبد الله بن عمر بما عنده فى ذلك عن أبيه عمر رضى الله عنه وذلك يتضمن أن مذهبه فى ذلك مذهبه لأن من يروى حديثا وعمل به اقتضى عمله به الأخذ به وتصديق رواته وتقليد من نقل عنه أو موافقته عليه من جهة نظر وعلم

(فصل) وقول عمر للذى أرضعت امرأته جاريته أوجعها يحتمل أن يريد به أذاها لما قصدته من تحريم جاريته عليه وذلك مما لا يحل لها ويحتمل أن يريد به ايجاع نفسها باستدامة وطء جاريته لأن ذلك مما يشق عليها والله أعلم

(فصل) وقول أبى موسى للذى سأله عن حكم ما مص من ثدى امرأته من اللبن ما أراها الا قد حرمت عليك لعله ممن رأى فى ذلك أن رضاع الكبير يحرم وهو مذهب لم يأخذ به أحد من الفقهاء وقد انعقد الاجماع على خلافه مع ما ظهر من رجوع أبى موسى عنه

(فصل) وقول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنظر ما تفتى به الرجل على وجه الانكار عليه وابداء المخالفة له ولعله قد كان عنده فيه علم عن النبى صلى الله عليه وسلم مما روى عنه صلى الله عليه وسلم ان الرضاعة من المجاعة أو غير ذلك ويقتضى ذلك ان كل مجتهد ليس مصيبا ولو اعتقد عبد الله بن مسعود أن مخالفه مصيب لما ساغ له الانكار عليه

(فصل) وقول أبى موسى لا تسألونى عن شئ مادام هذا الحبر بين أظهركم رجوع الى ما ظهر من الحق وانقياد لفضل ابن مسعود وعلمه وتقدمه وقصر الناس على سؤاله لما اعتقد من تفوقه فى العلم عليه

﴿ جامع ما جاء فى الرضاعة ﴾

ص * مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة * مالك عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل أنه قال أخبرنى عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين عن جدامة بنت وهب الاسدية أنها أخبرتها أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم * قال مالك والغيلة أن يمس الرجل امرأته وهى ترضع * ش قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه هكذا وقع عندى فى رواية يحيى بن يحيى عن جدامة بالدال غير معجمة وقال لى أبو ذر حين سماعى منه موطأ أبى مصعب منه رواية جذامة بالذال المعجمة ولكن روايتى جدامة بالدال غير معجمة وقول مالك الغيلة أن يمس الرجل امرأته وهى ترضع قاله الأصمعى وأبو عبيد الهروى والاسم الغيل وقد أغال الرجل ولده اذا فعل

دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر أوجعها وائت جاريتك فانما الرضاعة رضاعة الصغير * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلا سأل أبا موسى الاشعرى فقال انى مصصت عن امرأتى من ثديها لبنا فذهب فى بطنى فقال أبو موسى لا أراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ما تفتى به الرجل فقال أبو موسى فما تقول انت فقال عبد الله ابن مسعود لا رضاعة الا ما كان فى الحولين فقال أبو موسى لا تسألونى عن شئ مادام هذا الحبر بين أظهركم

﴿ جامع ما جاء فى الرضاعة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار وعن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة * وحدثنى عن مالك عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل انه قال أخبرنى عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين عن جدامة بنت وهب الأسدية انها أخبرتها انها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لقد هممت أن انهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم قال مالك والغيلة أن يمس الرجل امرأته وهى ترضع

ذلك والمرأة المغيلة التي ترضع ولدها وهي توطأ وأهل الطب يزعمون ان ذلك اللبن داء ويقال قد أغيلت المرأة اذا سقته غيلا

(فصل) وقوله الغيلة أن يمس الرجل امرأته وهي ترضع قال ابن حبيب عزل عنها أو لم يعزل وقال الشيخ أبو عمران انما حقيقة الغيلة الوطء مع الانزال الا أن يريد ابن حبيب أن الرجل اذا لم ينزل أنزلت المرأة لان ماءها يغير اللبن وحكى ابن أبي زمنين ان أصل الغيلة ههنا الضرر يقال خفت غائلة كذا أي خفت ضرره * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعسى أن يكون معناه ان الوطء يغيل اللبن بمعنى يكثره واذا كان له فيه تأثير بالتكثير جاز أن يكون له تأثير بالتغيير قال بعض أهل اللغة ان الغيلة أن ترضع المرأة المرضع ولدها وهي حامل

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لقد هممت أن أنهى عن الغيلة يدل على أنه قد كان يقضي ويأمر وينهى بما يؤديه اليه اجتهاده دون أن ينزل عليه شيء ولذلك هم أن ينهى عن الغيلة لما خاف من فساد أجساد أمته وضعف قوتهم من أجلها حتى ذكر أن فارس والروم تفعل ذلك فلا يضر أولادهم ذلك يحتمل أن يريد صلى الله عليه وسلم انه لا يريد أن يضر ضررا عاما وانما يضر في النادر فلذلك لم ينه عنه ولم يحرمه رفقا بالناس لما في ذلك من المشقة على من له زوجة واحدة فيمتنع من وطئها مدة فتلحقه بذلك المشقة وهذه مشقة عامة فكانت مراعاتها أرفق بأمته من المشقة الخاصة التي لا تلحق الا اليسير من الأطفال والله أعلم قال ابن حبيب العرب تتقي وطء المرضع أن يعود من ذلك ضرر على الولد صريح في جسم أو علة (مسئلة) واذا آجرت امرأة نفسها في الرضاع باذن زوجها فان لوالد الصبي أن يمنع زوجها من وطئها مدة الرضاع قاله ابن القاسم قال أصبغ ليس ذلك الا بشرط في أصل الاجارة أو يكثر ضرر الصبي به ويتبين ذلك فيمنع ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مما يقرأ من القرآن * قال مالك وليس على هذا العمل * ش قولها رضي الله عنها كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن هذا الذي ذكرت عائشة رضي الله عنها انه نزل من القرآن مما أخبرت عن انه ناسخ أو منسوخ لا يثبت قرآنا لان القرآن لا يثبت الا بالخبر المتواتر وأما خبر الآحاد فلا يثبت به قرآن وهذا من أخبار الآحاد الداخلة في جملة الغرائب فلا يثبت بمثله قرآن واذا لم يثبت بمثله قرآن فمن مذهبنا ان من ادعى فيه انه قرآن وتضمن حكما فانه لا يثبت ذلك الحكم الا أن يثبت بما يثبت به القرآن من الخبر المتواتر لان ذلك الحكم ثبوته فرع عن ثبوت الخبر قرآنا ولو سلمنا انه من جملة ما يصح التعلق به لما كانت فيه حجة لانها قالت انه كانت فيه عشر رضعات معلومات يحرمن ولا يدل ان ما دون العشرة لا يحرمن الا من جهة دليل الخطاب وقد قررنا انا لا نقول به ولو كنا نقول به لخصصناه وعدلنا عنه بما تقدم من أدلتنا

(فصل) ويحتمل أن تريد بقولها ثم نسخن بخمس معلومات يريد نسخ اسمها وتلاوتها دون حكمها بان تلي مكان العشر الرضعات خمس رضعات ولذلك لم تتعرض لذكر الحكم وانما أخبرت عن التلاوة فقالت فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي مما يقرأ ولم تقل وهي مما يعمل به ولا يحرم بما دونه ولا تحتاج الزيادة عليها في ثبوت التحريم وبالله التوفيق

(فصل) وقول مالك رحمه الله وليس على هذا العمل يريد ليس تأويل الفقهاء الذين يعمل

* وحدثني عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مما يقرأ من القرآن قال يحيى قال مالك وليس على هذا العمل

بأقوالهم ويعتمد على مذاهبهم فيها على ما يتأولونه فيها لانه وان يسرع الناس الى تأويلها على غير وجهها فليس كل من يتعاطى ذلك يفهم وجه التأويل وان كرر عليه بل قد يتعقب بالتأويل والنظر ولا سيما في وقتنا من يضعف فهمه عن تحقق الظواهر فاستغنى عن فهمهم بقوله ليس على هذا العمل والمراد به ما قدمناه والله أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب البيوع ﴾

﴿ ماجاء فى بيع العربان ﴾

ص ﴿ مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان * قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم أن يشترى الرجل العبد أو الوليدة أو يتكارى الدابة ثم يقول للذى اشترى منه أو تكارى منه أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أنى ان أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذى أعطيك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة وان تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شئ ﴾ ش قوله نهى عن بيع العربان البيع معروف وهو يفتقر الى ايجاب وقبول ويلزم بوجودهما بلفظ الماضى فاذا قال المبتاع بعنى فقال البائع بعتك فقد حكى أصحابنا العراقيون ان البيع يصح وينعقد به وقال أبو حنيفة والشافعى لا ينعقد حتى يقول المبتاع بعد ذلك اشتريت أو قبلت والدليل على صحة ما نقوله ان كل ما كان ايجابا وقبولا فى عقد النكاح كان ايجابا وقبولا فى البيع كما لو قال قبلت بعد الايجاب (مسئلة) اذا ثبت ذلك فليس للايجاب والقبول لفظ معين وكل لفظ أو اشارة فهم منه الايجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود الا أن فى الألفاظ ما هو صريح لا يحتمل التأويل مثل أن يقول البائع بعتك هذا الثوب بدينار فيقول المبتاع قد قبلت أو يقول المبتاع قد ابتعت منك هذا الثوب بدينار فيقول البائع قد بعته منك فهذا يلزم به العقد المتبايعين وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجردها حتى يقترن بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع وذلك مثل أن يقول المبتاع بكم سلعتك فيقول البائع بدينار فيقول المبتاع قد قبلت فيقول البائع لا أبيعك فان كان فى سوق تلك السلعة ففى العتبية من رواية أشهب عن مالك يلزمه البيع وفى المدونة من رواية ابن القاسم يحلف ما ساومه على ارادة البيع وما ساومه الا لأمر يذكره عند ذلك ولا يلزمه البيع وجه رواية أشهب أن إيقافه فى السوق دليل على ارادة البيع وقد وجد منه لفظ يصح أن يستعمل فى البيع فوجب أن يلزمه ووجه رواية ابن القاسم انه يصح أن يكون له غرض من تعرف ثمن سلعة ونهاية ما يعطى بها واللفظ ليس بصريح فى انفاذ البيع لان البيع علق بالمستقبل دون الماضى فاذا حلف انه لم يرد البيع وانما أراد ما يمكن ارادته ويصح الغرض فيه لم يلزمه وأن يحلف لزمه البيع وهذا ان لم يكن لاعبا فان علم أنه قصد اللعب لم يلزمه البيع رواه أشهب عن مالك

(فصل) وقوله بيع العربان فسره مالك بما تقدم وقال ابن حبيب العربان أول الشئ وعنفوانه والمنهى عنه من ذلك أن ينعقد عليه البيع ولذلك أضافه اليه على وجه ان كره المشترى البيع كان ما دفعه للبائع دون عوض فهذا الذى نهى عنه لانه من أبين المخاطرة وأما العربان الذى لم ينه عنه فهو أن يبتاع منه ثوبا أو غيره بالخيار فيدفع اليه بعض الثمن مختوما عليه ان كان مما لا يعرف بعينه على

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿ كتاب البيوع ﴾
﴿ ماجاء فى بيع العربان ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان * قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم أن يشترى الرجل العبد أو الوليدة أو يتكارى الدابة ثم يقول للذى اشترى منه أو تكارى منه أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أنى ان أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذى أعطيك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة وان تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شئ

انه ان رضي البيع كان من الثمن وان كره رجع اليه ذلك لانه ليس فيه خطر يمنع صحته وانما فيه تعيين للثمن أو بعضه (مسئلة) اذا وقع البيع والكراء على ما منع منه من بيع العربان فقد قال علي بن دينار يفسخ وان فات كانت فيه القيمة ووجه ذلك ما دخله من الغرر والخطر بما ذكره من العربان ص ﴿ قال مالك والأمر عندنا أنه لا بأس بأن يبتاع العبد التاجر والفصيح بالأعبد من الحبشة أو من جنس من الأجناس ليسوا مثله في الفصاحة ولا في التجارة والنفاذ والمعرفة لا بأس بهذا أن تشتري منه العبد بالعبدين أو بالأعبد الى أجل معلوم اذا اختلف فبان اختلافه فان أشبه بعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد الى أجل وان اختلفت أجناسهم * قال مالك ولا بأس بأن تبيع ما اشتريت من ذلك قبل أن تستوفيه اذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي اشتريت منه ﴾ ش وهذا كما قال وذلك ان بيع الجنس الواحد من السلع والحيوان بعضه ببعض على ضربين نقدا ونسا فأما النقد فهو جائز في الجنسين والجنس الواحد ما لم يكن مقتاتا متفاضلا وأما النسا فهو على ضربين أحدهما أن يكون العوض من غير جنس المعوض منه والآخر أن يكون من جنسه فان كان من غير جنسه جاز التفاضل وان كان من جنسه لم يجز متفاضلا وذلك في أربعة أبواب * الأول ان ما ليس بمقتات ولا عين فانه يجوز التفاضل فيه نقدا * والباب الثاني ان النساء علة في فساد بيع الجنس بعضه ببعض * والباب الثالث ان النساء مع اختلاف المنافع لا يمنع المعاوضة * والباب الرابع في بيان معنى المنافع المقصودة في الأجناس

(الباب الأول في جواز التفاضل في غير العين والمقتات نقدا)

وهو مذهب مالك رحمه الله وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(الباب الثاني في أن النساء علة في فساد بيع الجنس بعضه ببعض مع اتفاق المنافع المقصودة)

وهو مذهب مالك رحمه الله وقال الشافعي كل ما يجوز فيه التفاضل يدا بيد فانه يجوز فيه التفاضل والتساوي نساء والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك رحمه الله ما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة قال أبو عيسى الترمذي حديث الحسن عن سمرة في بيع الحيوان بالحيوان صحيح وسماعه منه صحيح كذلك قال علي بن المديني ولنا في المنع من ذلك من جهة المعنى طريقان أحدهما انه ممنوع منه لنفسه والثاني انه ممنوع منه للذريعة فأما الطريقة الأولى فان اشتراط الزيادة في الجنس مع الأجل مفسد للعقد كاشتراطه في السلف وأما المنع منه للذريعة فانه لا خلاف أن اشتراط الزيادة في السلف غير جائز ولا فرق بينه وبين اشتراطه في البيع من جهة الصورة فوجب أن يكون ممنوعا لئلا يتوصل به الى الممنوع المتفق على تحريمه (مسئلة) اذا ثبت المنع مع التفاضل فهل يثبت على التساوي قال القاضي أبو محمد ان ذلك جائز ورواه ابن القاسم وغيره وبه قال أبو حنيفة وجه قول القاضي أبي محمد أن المنع من ذلك انما هو للذريعة ومع التساوي تضعف التهمة فيبطل حكم المنع ووجه القول الثاني أن هذه ذريعة الى قرض تجر به منفعة فيكون من له الثوب يدفعه في مثله ليكون في ضمان القابض له الى أجل تعاقدهما ووقت انتفاعه ولما كان هذا عقدا منع من التفاضل فيه وجب أن يمنع من التساوي كالعرض

(الباب الثالث في أن اختلاف المنافع يصحح بيع بعض الجنس ببعضه الى أجل متفاضلا)

هو مذهب مالك وقال أبو حنيفة ان ذلك لا يجوز مع اختلاف المنافع اذا كانا من جنس والدليل على ما نقوله قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

وهذا عام وهذه المسئلة عندنا مبنية على أن اختلاف المنافع هى المعتبرة فى الجنس فاذا ثبت لنا هذا ثبت جواز التفاضل لانه لا يخالفنا فى جواز التفاضل فى الجنسين مع التساوى وسندل عليه ان شاء الله تعالى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز الكبير فى الصغيرين الى أجل لانهما جنسان متباينان وليس فيهما وجه من وجوه التهمة وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم ان مالكا كره أن تسلم كبار الحمر فى صغار البغال لانها تنتج منها البغال الا أن يكون الأجل قريبا خمسة أيام وشبهها مما لا تهمة فيه وهذا ليس من الوجه المذكور وانما هو لانه لا يجوز أن تسلم شيأ مما يخرج منه لما فيه من أنواع المزابنة فاذا آن ذلك لان أجل السلم يمنعه من أن يخرج منه ما سلم فيه صح ذلك وبالله التوفيق (مسئلة) وأما تسليم صغير فى كبيرين الى أجل فروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم اجازته وروى ابن المواز المنع منه * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهذا انما يجب عندى أن يمنع الى أجل يكبر فيه مثل ذلك الصغير فيصير مثل الكبير المسلم فيه وذلك من الوجه المتقدم وليس من معنى هذا الباب بسبيل وذهب جمهور أصحابنا الى المنع من تسليم صغير فى كبير أو كبير فى صغير ويجب أن يكون بمعنى ما تقدم من المنع فى المسئلتين المتقدمتين وقد اختلفوا فى تجويز صغيرين فى كبيرين وكبيرين فى صغيرين وذكر القاضى أبو محمد ان ذلك كله جائز وهو الصحيح لانهما جنسان يختلفان يصح التفاضل بينهما فصح التساوى كالثياب بالابل والبقر ووجه آخر وهو ان التفاضل فى المقدار أبلغ فى افساد العقود من التفاضل فى الصفات بدليل انه لا يجوز التفاضل بالنقد فى الطعام ويجوز فيه التفاضل بالجودة والصفة ثم ثبت وتقرر ان هذا يجوز فيه التفاضل بالمقدار فبان يجوز فيه التفاضل بالصفة أولى وأحرى (مسئلة) وأما اختلاف الجنس بالمنافع مع الاتفاق فى السن فلا بأس به الواحد بالاثنين والاثنين بالواحد وهل يسلم الواحد من ذلك فى الواحد روى القاضى أبو اسحق فى مبسوطه عن مالك اجازته فى البعير النجيب بالبعير من حاشية الابل وفى المدونة مثل ذلك عن ابن القاسم فى العبد التاجر فى العبد الذى ليس بتاجر وهو الصواب لان اختلاف المنافع قد جعلهما جنسين يجوز فيهما التفاضل فبان يجوز فيهما التساوى أولى وعقد هذا الباب ان ما حكم فيه بالجنسين فان التساوى والتفاضل يجوز فيهما

(الباب الرابع فى تبيين المنافع المقصودة التى يتبين بها معنى الجنس)

الأصل فى ذلك ان معنى الجنس عندنا فى هذا الباب ما انفرد بالمنفعة المقصودة منه فاذا اختلف الشيا آن فى المنفعة المقصودة منهما كانا جنسين مختلفين وان سميا باسم واحد وان اتفقا فى المنفعة المقصودة وافترقا فى الاسم فالذى يقتضيه قول ابن القاسم فى البغال والحمير انهما جنس واحد ان الاعتبار باختلاف الاسماء والذى يقتضيه قول ابن حبيب انهما جنس ان الاعتبار أيضا بالأسماء والدليل على صحة ذلك اننا انما منعنا التفاضل فى الجنس الواحد للزيادة فى السلف وأجزناه فى الجنسين لتعريه من ذلك فوجب أن تراعى المنفعة المقصودة من العين لان من طلب الزيادة فى السلف فانما يطلبها مع استرجاع ما سلف وبقاء تلك المنفعة المقصودة له فاذا استرجع ما فيه منفعة أخرى بغير منفعة العين التى سلف لم تحصل له الزيادة فى السلف ولذلك جوزنا التفاضل بين التمر العربى والتمر الهندى وبين الجوز الهندى والذى ليس بهندى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان اختلاف المنافع فى الجنس يكون على ضربين أحدهما أن تختلف منافعهما للصغر والكبر والثانى أن تختلف للتناهى فى المنفعة المقصودة من ذلك الجنس فاما الصغر والكبر فانه يختلف باختلاف جنس الحيوان فان

كان الحيوان مما تصح فيه الحرية كبني آدم ففي الواضحة ان الرقيق صنف واحد ذكوره وانائه صغاره وكباره عجميه وعربيه والقياس عندي أن يكون صغيره جنسا مخالفا الكبيره لان المنافع التي يتميز بها الجنس من التجارة والصنائع لا تصح من الصغير (مسئلة) فان كان مما لا تصح فيه الحرية فلا يخلو أن يكون مما المقصود منه الأكل فان كان مما لا يقصد منه الأكل كالخيل والبغال والحمير فان جنس صغارها مخالف لكبارها لان المقصود من كبارها غير المقصود من صغارها وان كان مما يقصد منه الأكل كالابل والبقر والغنم والطير فانه على ثلاثة أقسام أحدها أن يكون فيه مع ذلك عمل مقصود كالابل والبقر فهذا القسم لا خلاف ان صغاره مخالف لكباره والثاني لا يكون فيه عمل مقصود ولا منفعة مقصودة فهذا لا خلاف في أن صغاره من جنس كباره كالحجل واليمام والقسم الثالث أن لا يكون فيه عمل مقصود وتكون فيه منفعة مقصودة من لبن ونحوه فهل يختلف جنسها بالصغر والكبر أم لا وروى ابن المواز عن مالك في ذلك روايتين احداهما لا تختلف لان المقصود من هذا الحيوان الأكل ويستوي في ذلك صغاره وكباره والثانية تختلف بذلك لان المقصود من كبار الغنم الدر والنسل وهو منفعة مقصودة كالعمل في الابل والبقر وكذلك الدجاج قال ابن القاسم كلها صنف ذكورها وانائها قال أصبغ لا يسلم بعضها في بعض الا الدجاج ذات البيض فانها صنف تسلم الدجاجة البيوض أو التي فيها بيض في الديكين (فرع) والسن الذي هو حد بين الصغر والكبر أن يبلغ حد الانتفاع بها المنفعة المقصودة منها قال ابن المواز وهو أن يسافر عليه فالجذع ما قصر عن ذلك من جملة الصغار والحولي صغير وأما البغال والحمير فروى ابن المواز عن مالك ان الحولي صغير والرباعي كبير ويحتمل أن يكون الجذع من جملة الكبار كالخيل وأما الابل فروى ابن المواز عن مالك لا خير في ابنتي مخاض في حقة ولا حقة في جذعتين ويحتمل انه منع ابنتي مخاض في حقة لانهما من سن الصغر ومنع حقة في جذعتين على رواية من منع صغيرا في كبير فان الجذع أول أسنان الكبير في الابل ويحتمل انه منع بنتي مخاض في حقة على رواية من منع صغيرين في كبير ومنع حقة في جذعتين لانهما من سن الكبر فتكون الحقة من حيز الكبير لان ذلك سن يستعمل في المنفعة المقصودة وهو الحمل (فرع) وأما البقر فان حد الكبير في الذكور أن يبلغ حد الحرث وفي الاناث على قول ابن القاسم مثل ذلك وعلى قول ابن حبيب أن يبلغ سن الوضع واللبن وأما اللبن فان فرقنا بين صغارها وكبارها فحد الكبير أن يضع مثلها ويكون فيها اللبن ويجب على هذا أن يكون ذكورها من جنس صغارها لانه ليس فيها غير اللحم الا النزر ولا اعتبار به في اختلاف الجنس كالخيل والحمر (فرع) وأما الرقيق فان حد الكبر فيهم ان فرقنا بين صغارهم وكبارهم ان يبلغ سن من يطيق التكسب بعمله أو تجارته وذلك عندي الخمسة عشر سنة ونحوها أو الاحتلام (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المنفعة المقصودة من العبد أن يكون قادرا على التكسب بمعنى يستفاد في التعليم لا يكون شائعا في الجنس كالتجارة والصناعة فأما التجارة والجزارة والبناء والخياطة فهي مع الفصاحة والحساب أس والكتابة والقراءة اذا تقدمها نفاذ يمكنه التكسب بها وهكذا ما جرى هذا المجرى وليس كذلك الاعمال المعتادة التي يعملها أكثر الناس بجنس يباين به من لا يعمل ذلك العمل كالحرث والحصاد في الرجال والغزل في النساء لانه لما كان هذا العمل معتادا يمكن أكثر هذا الجنس كان بمنزلة المشي وسائر أنواع التصرف المعتاد (مسئلة) وليست الذكورة بجنس في الرقيق ولا في شيء من الانعام الا أن يكون معه من المنافع المقصودة ما يقتضي ذلك وهذا حكم جميع

الحيوان وأما الصناعة فى الاماء فكالطبخ والخبز والرقم والنسج وكل نوع من ذلك مخالف للآخر الا الطبخ والخبز فانه صناعة واحدة وجنس واحد وأما الكتابة فروى محمد عن ابن القاسم ليست بجنس فى الاماء وروى عيسى عنه أنها ان كانت فائقة فيها انه جنس تبين به من غيرها و يحتمل ذلك وجهين أحدهما أن يكون ذلك قولا واحدا ان النفاذ فى ذلك والتقدم حتى يمكن التكسب به جنس مقصود وان الكتابة اليسيرة التى لا يمكن الاكتساب بها ليست بجنس مقصود والوجه الثانى ان ذلك على قولين أحدهما انه ليس بجنس فى الاماء مع النفاذ بخلاف العبيد والثانى حكمها فى ذلك حكم العبيد (مسئلة) وأما الجمال فهل يكون جنسا فى الاماء روى عيسى عن ابن القاسم ان ذلك ليس بجنس وروى محمد عن أصبغ انه جنس مقصود ورأيت بعض فقهاء القرويين يحكى ان ابن وهب رواه وجه قول ابن القاسم انه معنى لا يتكسب به الاماء فلم تختلف به أجناسهن كالقوة ووجه قول أصبغ ان الاثمان تختلف باختلافه وتتفاوت بتفاوته (مسئلة) وليس الغزل ولا عمل الطيب بجنس لان الغزل معتاد فى النساء شامل و عمل الطيب ليس مما يكاد أن تنفرد بالتكسب به بل ذلك شائع فى جميع النساء وهذا معنى ما احتج به ابن المواز فى هذه المسئلة (مسئلة) والمقصود من الخيل السبق والجودة لانها بهما تباين سائر الحيوان المتحد فاذا كان سابقا فانه فليس من جنس ما ليس بسابق من الخيل والمقصود من الابل القوة على الحمل فان كان مما باين غيرها فى القوة على ذلك فهو من غير جنسه وليس السبق بمقصود فيها لانها لا تراد للسبق ولذلك لا يسهم لها وان جاز أن يكون منها ما يسابق فان ذلك ليس بمنفعة أفضل هذا الجنس وأغلبه ألا ترى ان من الخيل ما تكون فيه القوة على الحمل ولا يتخذ لذلك ولا يميز به فى الجنس عما ليس بقوى على الحمل لان الحمل ليس بمقصود من أفضل هذا الجنس ولا أكثر (مسئلة) وأما البغال والحمير فقال ابن القاسم هى جنس واحد وقال ابن حبيب هما جنسان مختلفان وذكر ان كل واحد من الجنسين يفارق جنسه بالسير والجرى يريد مع السير قال فأبى ابن القاسم أن الاسماء لا اعتبار بها فلما اتفقت فى المعنى المقصود منها كانت جنسا واحدا وان لم يشملها اسم واحد وهذا أشبه بمذهب مالك رحمه الله ووجه ما قاله ابن حبيب ان اختلاف الاسماء الخاصة يوجب اختلاف الجنس وانما راعى اختلاف المنافع واتفاقها فى الجنس الواحد (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فبماذا تختلف فى أنفسها قال ابن القاسم ان البغال كلها مع الحمر المصرية جنس مخالف للاعرابية ولا تختلف بالسير والقيم وانما تختلف بالصغر والكبر ووجهه ان المقصود منها الركوب للجمال وهى متقاربة فيه وقال ابن حبيب تختلف باختلاف السير لان السير هو المقصود منها فيجب أن تختلف باختلافه (مسئلة) والمنفعة المقصودة من البقر القوة على الحرث لانه العمل الذى تتخذ له ولا اختلاف فى ذكورها وأما اناثها فحكى ابن حبيب أن المقصود منها كثرة اللبن والظاهر من مذهب ابن القاسم ان حكمها حكم الذكور والفرق بين اناث البقر واناث الغنم أن اناث البقر لها منفعة تختص بذكورها واناثها واناث الغنم ليس فيها شئ من ذلك فاذا قلنا برواية ابن حبيب جاز تسليم البقرة الكثيرة اللبن وان كانت قوية على الحرث فى الثور (مسئلة) وأما الغنم فانها على ضربين معز وضأن فأما المعز فانها تختلف بكثرة اللبن لانه المقصود منها وأما الضأن فروى يحيى عن ابن القاسم ان كثرة اللبن لا يختلف فيه جنس الضأن وقال ابن القاسم فى المدونة ان اللبن معتبر فى الغنم من غير تفصيل وجه رواية يحيى عن ابن القاسم ان اللبن لا يكاد يتباين الا فى الماعز وأما الضأن فمتقاربة فى اللبن ووجه رواية سحنون ان هذا حيوان ذو لبن ولا يقصد

به العمل فوجب أن يختلف جنسه بكثرة اللبن وقلته كالماعز (مسئلة) فأما الطير فانه على ضربين أحدهما يقصد منه البيض والثانى لا يقصد فأما مالا يقصد منه البيض فذكوره واناثه وصغاره وكباره جنس واحد وأما ما يقصد منه البيض كالدجاج فاختلف أصحابنا فيه فروى عيسى عن ابن القاسم ليس مما يختلف فيه الجنس وقال أصبغ يختلف به الجنس وجه رواية ابن القاسم ان البيض فى الدجاج ليس يقصد بالاقتناء له فى الأغلب وانما يقصد باللحم وذلك متساو فى جميعها ووجه آخر ان هذه ولادة والولادة لا يعتبر بها فى الجنس قلت أو كثرت كسائر الحيوان ووجه قول أصبغ ان البيض معنى مقصود من هذا الجنس من الحيوان كاللبن فى الغنم

(فصل) وقوله فان أشبه بعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد الى أجل وان اختلفت أجناسها يريد أن يكون الرقيق سودانا أو بيضا وروما أو نوبة فان ذلك ليس باختلاف فيهم يبيح التفاضل مع النسا

(فصل) وقوله ولا بأس أن تبيع ما اشتريت من ذلك قبل أن تستوفيه اذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذى ابتعت منه يريد ان ما أسلمت فيه من الرقيق يجوز أن تبيعه قبل أن تستوفيه وكذلك كل ما ليس بمطعوم عند مالك فانه يجوز بيعه قبل أن يستوفى اذا كان فى الذمة وقوله اذا انتقدت ثمنه وكان مؤجلا لم يجز لانه من اشتراط انتقاد الثمن فى المبيع الذى ألزمه لانه اذا لم ينتقد ثمنه وكان مؤجلا لم يجز لانه من بيع الكالئ بالكالئ أو فسخ الدين فى الدين وان أخذ من غير جنس ماله عنده فلا يخلو أن يكون من جنس الثمن فانه على ضربين أحدهما أن يكون الثمن عينا والثانى أن يكون عرضا فان كان عينا من جنس واحد فان له أن يأخذ مثل الثمن سواء عددا وصفة لان ما آل اليه السلف الجائز فليس فيه وجه من وجوه الفساد ولا يجوز له أن يأخذ أكثر عددا لان ما آل اليه الى الزيادة فى السلف وذلك غير جائز وهل له أن يأخذ أدنى عددا أو صفة جوزه بعض أصحابنا وأباه ابن أبى سلمة ووجه جوازه ان ماله تبعد فيه التهمة أن يعطى عينا ليأخذ أقل عددا منه أو أدنى صفة وسيأتى ذكر منعه بغير جنس الثمن وبيعه من غير بائعه ان شاء الله تعالى ص ❊(قال مالك لا ينبغى أن يستثنى جنين فى بطن أمه اذا بيعت لان ذلك غرر لا يدرى أذكر هو أم أنثى أحسن أم قبيح أو ناقص أو تام أو حى أو ميت وذلك يضع من ثمنها)❊ ش وهذا كما قال انه لا يجوز أن تباع أمة أو شئ من اناث الحيوان ويستثنى جنين فى بطنها وعلل ذلك بعلتين احداهما انه مجهول الصفة والحياة والثانية انه ينقص ذلك من ثمنها وهذان تعليلان صحيحان وذلك ان الاستثناء من المبيع على ضربين أحدهما أن يستثنى جزأ من الجملة فانه لا يخلو من ثلاثة أقسام أحدها أن يكون جزأ شائعا والثانى أن يكون جزأ معينا والثالث أن يكون جزأ مقدرا غير شائع ولا معين فان كان جزأ شائعا فانه يصح فى جميع الحيوان وفى غير الحيوان كبيع ربع العبد والدابة والثوب والدار (مسئلة) وان كان جزأ معينا فلا يخلو أن يكون فى حيوان أو غير حيوان فان كان فى حيوان فانه على ضربين أحدهما أن يكون معينا كالجنين وما فى ظهر الفحول ولحم الفخذ فهذا لا يجوز بوجه لان المبتاع قد استثنى من الجملة ما لا نعلمه واذا لم نعلمه لم نعلم باقى الجملة وهذا فى أجنة الاناث وما فى ظهور الفحول واضح الفساد لانه يمنع من قبض المبيع والتصرف فيه المدة الطويلة وأما استثناء فخذ الناقة فانه يصح أن يقال ذلك على قولنا ان المستثنى مبيع وهذا أظهر فيما احتج به فى قولنا انه لا يدرى أن الجنين حسن أو قبيح أو ذكر أو أنثى أو حى أو ميت وهذا اذا كان باقيا على ملكه لا يجب أن يؤثر فى البيع لسلامة المبيع فى ذلك وانما

❊ قال مالك لا ينبغى أن يستثنى جنين فى بطن أمه اذا بيعت لأن ذلك غرر لا يدرى أذكر هو أم أنثى أحسن أم قبيح أو ناقص أو تام أو حى أو ميت وذلك يضع من ثمنها

يؤثر فيه على قولنا انه مبيع مسترجع فأفسد البيع استرجاعه لانه به تم والله أعلم (فرع) وسواء استثنى الجنين عتيقا أو رقيقا فانه لايجوز ويفسخ البيع رواه فى المبسوط ابن نافع عن مالك وقال الأوزاعى وابن حنبل يجوز أن يبيع الرجل أمته الحامل ويستثنى ما فى بطنها والدليل على مانقوله ان هذا جزء معين من الجملة فلم يجز استثناؤه من الأمة كيدها أو رجلها (فرع) فاذا انعقد البيع على ذلك فانه يبطل ويفسخ مالم تفت الجارية عند المبتاع بزيادة أونقصان أوحوالة أسواق فان دخلها شيء من ذلك لزمته بقيمتها يوم قبضها فان ولدت عند المشترى وقبض البائع الطفل نقض بيعه فيه ورده الى المبتاع وهذا اذا ولدته بعد تقويم الأم على المشترى فأما اذا ولدته قبل ذلك فان هذا انما يستقيم على قولنا ان المستثنى مبيع مع الجملة ولو قلنا انه غير مبيع لكان للبائع على كل حال لانه لم يخرج عن ملكه ببيع ولا غيره والمذهب مبنى على ماتقدم (فرع) فاذا قلنا ذلك وفات الجنين عند البائع بوجه من وجوه الفوات المتقدم ذكرها لزمه بالقيمة يوم قبضه ولزمهما أن يجمعا بين الأم وابنها فى ملك أحدهما أو يبيعانهما معا من غيرهما (مسئلة) فان كان معينا غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو أن يكون الحيوان ممالا يستباح ذبحه كالرقيق أو يستباح ذبحه كالأنعام فان كان ممالا يستباح ذبحه فانه لايجوز بيعه واستثناء جزء معين منه فلا يجوز بيع الأمة واستثناء يدها أو رجلها أو رأسها لان الذى باع معينا منها لايمكن تسليمه ولا الانتفاع به لانه ان استثنى رجله لايجوز للمبتاع أن يأمرها بالمشى والتصرف لان البائع يمنعها من القيام أو المشى برجلها المستثناة لان حقه متميز ولا يجبر البائع على تصريف حقه المتميز وليس كذلك الجزء الشائع فانه يجبر على التصرف المعتاد مع الشريك كالدار المشاعة بين الشريكين ان أراد أحدهما اخلاءها والمنع من الانتفاع بها لم يكن له ذلك واذا تميز حقه منها كان له ذلك فى حقه (مسئلة) وان كان من الحيوان المستباح ذبحه كالأنعام فانه ان وقع البيع على هذا بشرط التبقية لايجوز (مسئلة) فان كان بشرط الذبح فلا يخلو أن يكون المستثنى له قدر وقيمة يسقط له بعض الثمن أولا قدر له فان كان له قدر وقيمة كالفخذ والسواقط حيث تكون له قيمة فالمشهور من مذهب مالك انه لايجوز وجوز ابن حبيب بيع الشاة واستثناء الأكارع والرأس حيث تكون لها قيمة ووجه القول الأول انه مبنى على أحد فصلين إما أن يكون لها استثناء دون جلد والمستثنى عنده مبيع فلم يجوزه لانه استثنى معينا وإما أن يكون لما شرط أخذه بعد الذبح فكان كأنه باعه مذبوحا وعند الذبح يعلم من صفته مالا يعلم اليوم فمنع ذلك صحة العقد ووجه قول ابن حبيب مااحتج به وانه استثنى جزأ ظاهرا معينا فلم يمنع ذلك صحة العقد وهذا مبنى على أن جلد العضو المبيع مستثنى مع ذلك العضو فلذلك صار المستثنى مرئيا (مسئلة) وان كان استثناء الجلد بحيث له قدر وقيمة فالذى رواه ابن القاسم عن مالك ان ذلك لايجوز وروى ابن حبيب عن ابن وهب تجويزه وقول ابن القاسم مبنى على تعذر المعرفة بقدره وجنسه وجودته ورداءته وعلى انه لايجوز بيع اللحم المغيب لانه اذا استثنى الجلد فقد أفرد اللحم بالبيع وهو مغيب ووجه قول ابن وهب انه يمكن معرفته فيمكن استثناؤه وبيع اللحم المغيب بجلده كما لو لم يكن للجلد قيمة (مسئلة) وان كان المستثنى من الجلد والرأس والأكارع فى الاسفار بحيث لاقيمة لشيء من ذلك ففيه عن مالك روايتان احداهما الجواز والأخرى المنع وقال القاضى أبو محمد ان المحققين من أصحابنا جعلوا ذلك رواية واحدة المنع حيث تكون له قيمة والاجازة حيث لاتكون له قيمة (مسئلة) وأما ان كان المستثنى من الحيوان مقدرا على غير ما بيع ولا معينا

* قال مالك فى الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار الى أجل ثم يندم البائع فيسأل المبتاع أن يقيله بعشرة دنانير يدفعها اليه نقدا أو الى أجل ويمحو عنه المائة دينار التى له * قال مالك لا بأس بذلك وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيله فى الجارية أو العبد ويزيده عشرة دنانير نقدا أو الى أجل أبعد من الأجل الذى اشترى اليه العبد أو الوليدة فان ذلك لا ينبغى وانما كره ذلك لان البائع كأنه باع منه مائة دينار له الى سنة قبل أن تحل بجارية وبعشرة دنانير نقدا أو الى أجل أبعد من السنة فدخل فى ذلك بيع الذهب بالذهب الى أجل

مثل أن يستثنى منه أرطالا مقدرة فعن مالك فى ذلك روايتان روى عنه ابن وهب المنع وروى عنه ابن القاسم اجازة ذلك فى الارطال اليسيرة وجه رواية ابن وهب انها مبنية على أن المستثنى مبيع فاذا كان مستورا بالجلد لم يجز بيعه لعدم الرؤية والصفة فيه وجه رواية ابن القاسم انها مبنية على أن المستثنى باق على ملك البائع غير داخل فى المبيع فلا يفسد العقد بما يتعلق به من عدم المعرفة لصفته (١) اذا قلنا برواية المنع فلا تفريع فيه وان قلنا برواية الاباحة بحكم اليسير الذى يجوز قال ابن القاسم الثلاثة الأرطال والأربعة من الشاة وزاد ابن المواز عنه الخمسة والستة ولم يبلغ به مالك الثلث وأشهب يجيز الثلث ومعنى ذلك ان هذا الثلث حد بين القليل والكثير عند مالك واختلف قوله فيه فمرة جعله فى حيز القليل ومرة جعله فى حيز الكثير وفروع مسائله تدور على حسب هذا الاختلاف والله أعلم وأحكم ص * قال مالك فى الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار الى أجل ثم يندم البائع فيسأل المبتاع أن يقيله بعشرة دنانير يدفعها اليه نقدا أو الى أجل ويمحو عنه المائة دينار التى له قال مالك لا بأس بذلك وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيله فى الجارية أو العبد ويزيده عشرة دنانير نقدا أو الى أجل أبعد من الاجل الذى اشترى اليه العبد أو الوليدة فان ذلك لا ينبغى وانما كره ذلك لان البائع كأنه باع منه مائة دينار له الى سنة قبل أن تحل بجارية وبعشرة دنانير نقدا أو الى أجل أبعد من السنة فدخل فى ذلك بيع الذهب بالذهب الى أجل * ش وهذا كما قال رحمه الله ان البائع اذا زاد المبتاع عشرة دنانير على أن يقيله فان ذلك جائز وسواء كانت الزيادة من البائع ما شاء من جميع الأشياء كلها العين وغيره نقدا أو مؤجلا ولم يتفرقا لانه كان البائع اشترى الجارية بالثمن الذى وجب له على المبتاع وبزيادة زادها اياه ولا فساد فى ذلك ما لم تكن الزيادة من جنس المبيع فان كانت من جنسه زاد نقدا ولم يجز مؤجلا لما تقدم من منع الشئ بجنسه الى أجل

(فصل) وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيله ويزيده بعشرة دنانير نقدا أو الى أجل الفصل معناه انه اذا أراد المبتاع العشرة ليقيله البائع فان كان الى أجل فهو جائز لانه يبيعها منه بأقل من الثمن الذى ابتاعها منه مقاصة وان زاد العشرة نقدا لم يجز ذلك لانه عجل عشرة من المائة المؤجلة عليه فصار بيعا وسلفا فهذه العلة اللازمة وقد قال ذلك ربيعة فى احدى مسئلتى الحمار فمن باع حمارا بعشرة دنانير فاستقاله المبتاع على دينار يعجله للبائع ان ذلك بمنزلة من اقتضى ذهبا يتعجلها من ذهب وأما ما ذكره رحمه الله من أنه يدخله انه باع عشرة دنانير وجارية نقدا بمائة دينار له الى سنة فانه وجه صحيح أيضا فيما يتكرر ويقصد من بيع جارية وعشرة دنانير معجلة بمائة الى أجل فان الذرائع يقوى منعها بتكرر القصد اليه والغرض فيه فيعبر عنه أصحابنا بقوة التهمة فيه ويضعف وجه المنع بقلة قصده وذلك فيما يحتمل وجوها من الصحة ووجها أو وجوها من الفساد المقتضى للمنع فيحمل على المقصود من تلك الوجوه وأما ما كان الفساد له لازما فان ذلك ممنوع لنفسه (مسئلة) وأما ان كانت العشرة الى أجل أقرب من أجل المائة فحكمها حكم العشرة المعجلة وان كانت الى أجل أبعد من أجل المائة لم يجز أيضا لانه يدخله جارية معجلة وعشرة مؤجلة بمائة مؤجلة الى غير ذلك وأقل ما يقتضى ذلك اشتراط النقد للعشرة والمنع من المقاصة ولو شرط ذلك فى العشرة المؤجلة الى أجل المائة لافسد العقد لانه يتضمن بيع جارية وعشرة دنانير يخرجها ولا ينقدها بمائة دينار ينقدها وهذا يقتضى التفاضل فى العين فأوجب ذلك فساد العقد ويدخله مع ذلك الكالئ بالكالئ فى عشرة

(١) بياض هكذا بالاصل

دنانير والمائة وذلك ممنوع (مسئلة) ومن ابتاع سلعة بنقد أو مؤجل ثم استقال منها فلا تخلو السلعة أن لا تكون غير مكيلة ولا موزونة ولا معدودة كالجارية والثوب فباعها بنقد ثم استقال منها على زيادة مؤجلة وذلك مثل أن يبيع منه جارية بعشرة دنانير نقدا ثم استقال المبتاع بدينار يزيده مؤجلا فان ذلك لا يجوز وهي احدى مسئلتي الجار وربيعة قال لا يصح لانه أخذ عنه دنانير بالنقد وأخذ الجار بما بقي من الذهب وقد قال جماعة من شيوخنا ان معنى ذلك البيع والسلف وهو قول صحيح لان السلف في الدينار الذي أخذ عنه والسعة في أخذ الجار بتسعة دنانير من العشرة التي كانت له عليه ويدخله مع ذلك بيع جار ودينار باجل بعشرة دنانير معجلة (فرع) وقد قال محمد بن المواز اذا كانت البيعة الاولى بالنقد فلا يتهم في الثانية الا أهل العينة وقال الشيخ أبو محمد انه ليس بخلاف لما قاله مالك وربيعة لا ابن المواز انما يعني بذلك اذا كانت البيعة الاولى بالنقد مما لو انفردت لكانت صحيحة وأما في بيعة لو انفردت لم تجز تقدمها بيع أو لم يتقدم فليس كذلك وفي مسئلة ربيعة كانت للبائع على المبتاع عشرة دنانير نقدا فاشترى منه تلك السلعة وغيرها بتسعة دنانير واحدة بدينار من عشرة فلم يجز لما دخله من البيع والسلف (مسئلة) وان كان المبيع بالنقد مكيلا أو موزونا أو معدودا فلا يخلو أن يكون غير مطعوم أو مطعوما فان كان غير مطعوم فباعه بدينار نقدا فلا بأس أن يستقيل المبتاع قبل النقد على أن يزيده دنانير أو ما شاء معجلا وذلك مثل أن يبيعه مائة رطل حديد بعشرة دنانير فيستقيل على دينار يعطيه اياه قال محمد بن المواز اذا كانت الزيادة في مجلس الاقالة فان تأخرت دخله في زيادة الدنانير بيع وسلف ويدخله في بيع الورق صرف مستأخر ويدخله في زيادة العرض الدين بالدين وعندي انه يرد فسخ دين في دين وانما يجوز في تعجيل الورق اذا كانت أقل من صرف دينار وهذا عندي ما لم يغب المبتاع على السلعة الموصوفة ولو غاب عليها لم يجز أن يقال منها بشيء يزيده لانه يدخله بيع وسلف لان عينه لا تعرف ولو كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود لجاز ذلك وان غاب عليه المبتاع لانه مما يعرف بعينه (مسئلة) فان كان المبيع مكيلا غير مطعوم وكان الثمن عينا مؤجلا لم يجز أن يزيده المبتاع ذهبا من جنس الثمن نقدا ولا الى أجل أقرب من أجل الثمن ولا أبعد منه قال المحمدون لأنه يدخله بيع وسلف ويدخله ذهب بذهب وعرض الى أجل ولا بأس أن يزيده من جنسها زاد العتبي في وزنها الى الاجل ولا يجوز أن يزيده من غير جنسها نقدا ولا مؤجلا ولا يجوز أن يزيده ورقا نقدا ولا مؤجلا ولا بأس أن يزيده عرضا مؤجلا (مسئلة) فان كان الثمن عرضا مؤجلا ففي كتاب المحمدين الثلاثة لا يزيده المبتاع عرضا من غير جنس الثمن مؤجلا لأنه يدخله الدين بالدين ولا بأس أن يزيد عرضا من جنس الثمن ولا يدخله الدين بالدين لأن الدين بالدين انما هو في جنسين مختلفين فاما اشتغال الذمتين بجنس واحد فلا يدخله في هذا الباب الدين بالدين ومعنى ذلك عندي أن يحمل على المقاصة ولو اشترط كل واحد منهما النقد والانتقاد لدخله الدين بالدين ويمنع من ذلك الا أن تضعف التهمة فيه لأن هذا المعنى ليس فيه بمقصود في الزيادة ولا معتاد (فرع) فان زاده من جنس الثمن معجلا أو مؤجلا الى غير الأجل لم يجز فيه التفاضل ذكر ذلك المحمدون عن ابن القاسم وأشهب وعبد الملك ومعنى ذلك عندي أن بيع ثوب بثوبين الى أجل يحرم لنفسه فلذلك منع ما كان ذريعة اليه ولو منع الذريعة الى سلف جر منفعة لما حرم هذا بسبب الذريعة اليه (مسئلة) فان كان المبيع طعاما مكيلا فلا يجوز أن يزيد أحدهما صاحبه شيأ من الاشياء ويقيله منه على الكيل

لما يدخله من بيع الطعام قبل استيفائه فان كان اكتاله ولم يغب عليه المبتاع وكان الثمن نقدا أو لم ينقد بعد فقد روى عيسى عن ابن القاسم لا بأس أن يزيده المبتاع نقدا ما شاء من ذهب وورق وعرض وطعام من جنسه ومن غير جنسه وعندي أنه يجب أن يراعى في الورق أن يكون أقل من صرف دينار لئلا يدخله بيع وصرف وقد رأيت هذا لبعض مشايخنا والله أعلم (فرع) قال ولا يجوز أن يزيده شيأ مؤجلا لأنه يدخله بيع وسلف وفي زيادة العرض فسخ دين في دين وفي زيادة الذهب والورق الاجل في الذهب بالذهب أو بالورق وعندي أنه يدخله بيع وسلف وهي الثانية من مسئلتي ربيعة وان كان نقده الثمن فهو بيع حادث يجوز فيه ما يجوز في سائر البيوع ص * قال مالك في الرجل يبيع من الرجل الجارية بمائة دينار الى أجل ثم يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الذي باعها به الى أبعد من ذلك الأجل الذي باعها اليه أن ذلك لا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يبيع الرجل الجارية الى أجل ثم يبتاعها الى أجل أبعد منه يبيعها بثلاثين دينارا الى شهر ثم يبتاعها بستين دينارا الى سنة أو الى نصف سنة فصار ان رجعت اليه سلعته بعينها وأعطاه صاحبه ثلاثين دينارا الى أشهر بستين دينارا الى سنة أو الى نصف سنة فهذا لا ينبغي * ش وهذا كما قال مالك رحمه الله أن من باع جارية بثلاثين الى أجل فانه لا يجوز أن يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل اذا كان على وجه غير المقاصة لأنه يقبض عنه عند الاجل الاول ثلاثين ويدفع اليه عند الاجل ستين وما تقدم من بيع الجارية وابتياعها لغو توصلا به الى بيع ثلاثين دينارا بستين دينارا وذلك ممنوع وبهذا قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأحمد بن حنبل وطاوس وسعيد بن جبير وقال الشافعي ذلك جائز وقد استدل أصحابنا في ذلك بما رواه أبو اسحق السبيعي عن أم يونس واسمها العالية أن عائشة رضي الله عنها قالت لها أم محبة أم ولد زيد بن أرقم الانصاري يا أم المؤمنين أتعرفين زيد بن أرقم قالت نعم قالت فاني بعته عبدا الى العطاء بثمانمائة درهم فاحتاج فاشتريته قبل محل الاجل بستمائة درهم قالت بئسما اشتريت أبلغي زيد بن أرقم انه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت فقلت أرأيت ان تركت المائتين ثم أخذت الستمائة قالت نعم فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ودليلنا من جهة المعنى أن هذا بيع آل بين متبايعين الى دنانير بأكثر منها فوجب أن يفسد ذلك كما لو باعه دينارا بدينار الى أجل (مسئلة) وجملة هذا أن الذي يتحرز منه في هذا الباب أن يؤول أحدهما الى بيع الشئ بجنسه متفاضلا الى أجل فان سلمت المسئلة من ذلك فهي صحيحة وان أدى الى ذلك نظر فيه وهو على قسمين أحدهما أن يكون الثمنان عينا والثاني أن يكون غير عين فان كان عينا فانه على ضربين أحدهما أن يكون البيع الثاني على المقاصة والثاني أن يكون على غير المقاصة فان كان على المقاصة بالثمن فانه يجوز أن يشترى السلعة التي باعها الى الأجل بمثل ذلك الثمن وبأقل وبأكثر والى أقرب من ذلك الأجل وأبعد بأقل من ذلك الثمن أو أكثر لا يسلم من تسليم العين في مثله لأنه ان كان بمثل ذلك الثمن فهي اقالة محضة وان كان بأقل أو أكثر فالوزن يكون من أحدهما دون الآخر (مسئلة) فان لم تكن على المقاصة فان فيه تسع مسائل على ثلاث أحوال قبل الاجل بمثل الثمن وأقل وأكثر والى الاجل على الثلاثة الوجوه والى أبعد من الاجل بمثل ذلك يبطل منها مسئلتان ويصح سائرها وهما الى قبل الاجل بأقل من الثمن والى أبعد من الاجل بأكثر من الثمن ووجه ذلك أنه اذا اشتراها الى أقرب من الاجل بأقل من الثمن أعطى قبل الأجل ثلاثين وأخذ عند الاجل ستين وان كان لابعد من الاجل بأكثر من

* قال مالك في الرجل يبيع من الرجل الجارية بمائة دينار الى أجل ثم يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الذي باعها به الى أبعد من ذلك الأجل الذي باعها اليه ان ذلك لا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يبيع الرجل الجارية الى أجل ثم يبتاعها الى أجل أبعد منه يبيعها بثلاثين دينارا الى شهر ثم يبتاعها بستين دينارا الى سنة أو الى نصف سنة فصار ان رجعت اليه سلعته بعينها وأعطاه صاحبه ثلاثين دينارا الى شهر بستين دينارا الى سنة أو الى نصف سنة فهذا لا ينبغي

الثمن فهى المسئلة التى ذكرها مالك رحمه الله وان كان قبل الاجل بأكثر من الثمن أو بمثله لم يتهم أحد فى أن يعطى ستين دينارا فى ثلاثين دينارا الى أجل ولا فى ستين الى أجل واذا كان الى الاجل فالوزن من أحدهما وتبعد التهمة فى ان يقصدا الوزن جميعا لكون الثوب المبيع واحدا والنقد واحد فليس فى ذلك غرض مقصود واذا كان الى أبعد من الاجل بأقل من الثمن أو بمثله فهو أيضا يعطى ستين و يأخذ ثلاثين أو ستين عند الاجل ولا تهمة فى مثل هذا (فرع) ومن باع سلعة بعشرة دراهم الى شهر فابتاعها بخمسة نقدا أو خمسة الى شهرين فاختلف أصحابنا فى ذلك فجوزه ابن القاسم ومنعه ابن الماجشون وانما اختلفا فى كراهيته لضعف التهمة فيه لأنه انما يؤل الى أن سلف أحدهما صاحبه على أن يسلفه الآخر وهذا غرض يقل عمله وينظر فى هذا أبدا الى استواء الثمنين فان تساويا فهو جائز (مسئلة) وان كان الثمن عرضا مثل أن يشترى به منه بخمسة أثواب مضمونة فى ذمته الى أجل ثم يبيعه منه بثياب بجنسها فلا بأس بذلك على وجه المقاصة اشتراه بأكثر من تلك الثياب أو بأقل أو بمثلها الى أقرب من الأجل أو أبعد منه أو الى الأجل الأول فان لم يكن على المقاصة دخلته التسعة الوجوه المذكورة قبل هذا الا انه يبطل منها أربعة ويصح سائرها فالتى تبطل أن يقيله الى أقرب من الأجل بأقل من الثمن أو أكثر ومثل ذلك يدخل الى أبعد من الأجل فأما الوجهان الأولان فهما أقرب من الأجل بأقل من العدد والى أبعد من الأجل بأكثر من ذلك العدد فهو ذريعة الى سلف وزيادة وأما الوجهان الآخران فهما الى أقرب من الأجل بأكثر من العدد والى أبعد من الأجل بأقل من العدد فهو كبيع الجنس بجنسه متفاضلا الى أجل فاما على قول من قال من أصحابنا ان ذلك محرم لنفسه فهما كالوجهين الأولين وأما من قال من أصحابنا انه محرم للذريعة فان هذه المسئلة يتعلق المنع فيها بذريعة الذريعة وقد قال جماعة من أصحابنا ان ذريعة الذريعة لا تؤثر فى المنع والله أعلم وقد ذكر عبد الحق رحمه الله فيمن باع ثوبا بقفيز حنطة الى أجل واشتراه بقفيز حنطة نقدا لا ينبغى ذلك ويبقى أن يكون دفع قفيزين ليضمن له القفيز الى أجل وذلك بخلاف العين قال وقيل الأمر سواء التهمة مرتفعة وهى مسئلة يتنازع فيها وما علمت فيها رواية والذى عندى ان الخلاف انما وقع للوجه الذى ذكرته والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو باع ثوبا بعشرة دراهم الى أجل فاشتراه قبل الأجل بخمسة دراهم نقدا وبثوب من نوعه أو من غير نوعه فقد قال ابن القاسم لا خير فى ذلك لان هذا بيع وسلف لانه كان أسلفه خمسة دراهم على ان باعه ثوبه الثانى بخمسة دراهم الى شهر فصار اذا حل الأجل كان خمسة قضاء عن الخمسة التى دفع اليه قبل محل الأجل وخمسة من ثمن الثوب الباقى وهذا كما قال لان البائع يرجع اليه ثوبه ويدفع اليه الآن خمسة دراهم وثوبا ويأخذ عند الأجل عشرة دراهم خمسة دراهم عن ثوبه الذى أعطاه آخرا وخمسة قضاء للخمسة الدراهم التى دفع معه على أنها من ثمن الثوب الأول والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن باع ثوبين بعشرة دراهم الى أشهر ثم اشترى أحدهما بثوب نقدا وبخمسة دراهم نقدا فقد قال ابن القاسم لا يصح لانه يدخله بيع وسلف ويدخله أيضا فضة وسلعة نقدا بفضة الى أجل (فرع) فاذا ثبت ذلك فقد قال بعض القرويين ان الثوب الذى بقى بيد المبتاع من الثوبين الأولين لا يفسخ فيه البيع لان العقد فيه صحيح وينظر فان كان الثوبان الآخران قائمين ردا فان فاتا فاما الثوب الذى رجع الى البائع فلا تفيته عنده حوالة الاسواق وانما يفيته التغيير الشديد فاذا فات بما ذكرنا سقط من الثمن المؤجل حصة ذلك الثوب وهو مما سميناه له وأما الثوب الذى دفعه البائع آخرا فحكمه ما قارن بيعه السلف فيما يفوت به ومقدار

قيمته يحصل لكل واحد من الثلاثة الأثواب حكم يختص به وهذا انما أبيحه على قول من قال انه انما يفسخ العقد الثانى بتصحيح الأول فاذا لم تفت الثياب بقى الثوب الأول بيد المبتاع لانه يصح بفسخ العقد الثانى على قول سحنون وأما على قول من قال يفسخ العقدان فان التراد يقع فى الأثواب الثلاثة واذا فاتت الثياب فأكثر أصحابنا على رد العقدين فلا يصح هذا فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما الثوب الذى رده المبتاع الى البائع فقال فيه ما تقدم ولم يبين وجهه والأظهر ان حكمه حكم الثوب الثالث لانه ان كان البيع الثانى فاسدا فالفساد يتناول العوض ولا خلاف أن من باع ثوبا بثوب على انه سلف فان حكم الثوبين فى التراجع والفوات سواء وانما يختلفان فى القيمة على قول ابن القاسم وان كان العقد صحيحا وانما ينقض لتصحيح الثانى الذى دخلته الشبهة باجتماعهما فهذا حكم الثوب الثانى والله أعلم وقد بسطت القول فيه فى شرح المدونة

(فصل) وقوله فى الثوب الثالث وهو الذى دفعه البائع فى العقد الثانى انه يحكم له بحكم ما قارن بيعه سلفا فيه أيضا نظر وذلك ان تعلق الفساد به من وجهين أحدهما ما ذكرناه من البيع والسلف وذلك ان البائع باعه من المشترى بخمسة دنانير وأسلفه خمسة دنانير ليقبض منه عشرة عند الأجل والثانى أنه باع منه البائع هذا الثوب وخمسة دنانير نقدا بالثوب الذى رد اليه المبتاع وبالعشرة دنانير المؤجلة فيدخله العرض بالعرض مع كل واحد منهما عين وأحدهما القيمة بالغة ما بلغت والثانى القيمة ما لم تكن أكثر من الثمن لان البائع قد رضى به على أن يسلفه وان قلنا انه ممنوع للوجه الآخر ففيه القيمة بالغة ما بلغت (فرع) اذا ثبت ما ذكرناه ووقع شئ من هذه البياعات الممنوعات على هذا الوجه فان كانت السلعة لم تفت فسخت البيعة الثانية وصحت الأولى قاله سحنون وقال غيره تفسخ البيعتان جميعا ولا أن يصح انهما لم يتعاملا على البيعة انما وجدها تباع فابتاعها بأقل من الثمن فهذا تفسخ البيعة الثانية وتصحح الأولى وجه ما قاله سحنون ان البيع الأول معقود على الصحة وانما أقام شبهة الفساد العقد الثانى فاذا أمكن تسليم الأول منه خص بالنقض دون الأول ووجه الرواية الثانية انه انما حكمنا بالفساد فى ذلك لما أقمناهما مقام العقد الواحد فى ذلك فاذا لم تعلم السلامة من ذلك وجب فسخ العقود لانهما كالايجاب والقبول فى عقد واحد (فرع) وان فاتت السلعة فالمشهور من قول أصحابنا ابطال البيعتين جميعا وذلك اذا فاتت بعد القبض للسلعتين جميعا وان هلكت بيد المبتاع قبل أن يقبضها البائع الأول فالذى عندى ان البيع الثانى يبطل خاصة ويثبت الاول ولم أر فيه نصا فاما ان فات بعد القبض بيد البائع الأول فلا يخلو أن يكون الثمنان قبضا أو قبض أحدهما أو لم يقبضا فان كان الثمن المعجل (١) وان كان قبض فقد قال ابن المواز يرد المبتاع الاول على البائع الاول الثمن الذى قبض منه ولم يذكر معجلا ولا مؤجلا ونحو ذلك وذكر ابن عبدوس فى المجموعة والذى عندى انه يكون معجلا أو الى أجل أقرب من أجل الثمن الآخر وذكر شيوخنا الاندلسيون فى ذلك تفصيلا وهو انه اذا باعه ثوبا بعشرة مؤجلة ثم اشتراه منه بخمسة معجلة فقبض المبتاع الخمسة وفات الثوب عند البائع الاول فانك تنظر الى قيمة الثوب فان كان عشرة فصاعدا غرم البائع الأول للمبتاع الأول تمام القيمة يقاصه منها بخمسته التى قبض منه ووجه قول ابن المواز وابن عبدوس ما تقدم من ان العقد الثانى وتعجيل الثمن فيه أثبت الفساد فاذا انتقض زال موجب الفساد ووجه قول الاندلسيين انه اذا كان قيمة الثوب العشرة فاكثر ضعفت التهمة فى انهما عملا على ذلك فلم يفسخ الا العقد الثانى لانه هو الذى ثبت به صورة الفساد دون معناه وان كانت قيمة الثوب أقل من

العشرة فويت التهمة في انهما عملا على ذلك وكان للعقدين حكم العقد الواحد فوجب أن يفسخ
(فرع) وان قبض الثمنان معا وفاتت فعلى قول ابن المواز وابن عبدوس يلزم البائع الاول أن يرد الى المبتاع الاول ما أخذ منه زيادة على ما أعطاه
(فصل) وهذا اذا كان البيع قبل تغير السلعة المبيعة فاما اذا كان بعد تغيرها في نفسها تغيرا يحيل الاغراض فيها فقد روى ابن القاسم عن مالك في الدابة أو البعير يبتاعها بثمن الى أجل فيسافر عليها المبتاع السفر البعيد فيأتي وقد أبغضها فيبتاعها منه البائع بأقل من ذلك الثمن نقدا انه لا بأس بذلك لانه لا يتهم في مثل هذا وروى عنه أشهب اذا أحدث بها عورا أو عرجا أو قطع حتى يعلم انهما لم يعملا على فسخ انه لا يصلح هذا ولا يؤتمن عليه أحد وبه أخذ سحنون وجه رواية ابن القاسم ان الذرائع مبنية على قوة التهمة والتهمة مرتفعة مع التغيير الشديد لاختلاف الاغراض فصح ذلك بينهما ووجه رواية أشهب مراعاة المآل دون قوة التهمة ورواية ابن القاسم أجرى على أصول المذهب وبالله التوفيق والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان المبيع طعاما فباعه على الكيل بثمن الى أجل فلا يجوز بيعه قبل استيفائه نقدا ولا الى أجل وانما تجوز فيه الاقالة والتولية على ما يأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله فان استوفاه فباعه منه قبل أن يفترقا فحكمه حكم الثوب يبيعه بثمن الى أجل ثم يبتاعه منه بالنقد تجوز فيه السبعة الوجوه التي قدمنا ذكرها ويبطل وجهان (مسئلة) فان غاب عليه المبتاع فالذي اتفق على منعه منه وجهان أحدهما أن يشتري منه بأكثر من الطعام الاول والثاني أن يشتري منه بأقل من الثمن الاول نقدا لانه اذا اشترى منه بأكثر من الطعام الاول فقد أسلفه طعاما في أكثر منه وان اشترى منه بأقل من الثمن الاول نقدا فقد أسلفه دنانير في أكثر منها الى أجل (فرع) وأما ان باع منه أقل من كيل ذلك الطعام بأقل من ذلك الثمن مثل أن يبيع منه مائة أردب بمائة دينار الى شهر ثم يشتري منه خمسين أردبا بخمسين دينارا نقدا فهذا لا يجوز لما قدمناه من الشراء بأقل من الثمن لانه يدخله انه رد اليه الخمسين وأخذ منه الخمسين أردبا معجلة وخمسين دينارا معها ليدفع اليه مائة دينار عند الأجل وهذا بيع وسلف وان كان بمثل الثمن ففي المدونة عن مالك فيمن باع طعاما بثمن الى أجل فلما حل الأجل أخذ منه أقل من ذلك الكيل بجميع ذلك الثمن لا يعجبني ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم لا بأس به وجه القول الاول انه كره أن يدفع اليه مائة أردب ويأخذ منه خمسين أردبا بعد مدة فتكون معه مائة الى أجل بخمسين من جنس ذلك الطعام وذلك غير جائز ووجه الرواية الثانية بعد التهمة في مثل هذا (فرع) ولا بأس أن يشتري منه مثل ذلك الكيل بمثل الثمن فأكثر نقدا أو الى أجل لانه يسلم في الطعام من السلف للمنفعة ويسلم في العين من مثل ذلك أيضا وبالله تعالى التوفيق

﴿ ماجاء في مال المملوك ﴾

﴿ماجاء في مال المملوك﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع ﴾ ش قوله من باع عبدا وله مال هذا يقتضي ان العبد يملك وهو قول مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا يملك العبد شيأ ودليلنا على ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع ووجه الدليل انه أضاف المال الى العبد باللام واللام تقتضي الملك فان قيل لا نسلم انها تقتضي الملك بل تحتمل أن يراد بها اليد

والتصرف يقال الولاية في المال لفلان ويحتمل أن يراد بها الاختصاص يقال الحركة للحجر ويحتمل أن يراد بها النسب يقال الولد لزيد ولا يدل شيء من ذلك على الملك فالجواب ان اللام متى قرن بها ما يملك اقتضت الملك وانما تقتضي ما ذكرتم من اليد والتصرف والاختصاص والنسب اذا تعلقت بما لا يملك والمال مما يملك فاذا قرن بها حمل على الملك الا أن يعدل عن ذلك بدليل يدل اذا قال هذا المال لزيد فهم منه ملكه له ويدل على ذلك ان بمثل هذه الاضافة أضيف المال الى البائع فدل ذلك على ملكه له ووجه آخر من الحديث وذلك انه قال الا أن يشترطه المبتاع فنفى حينئذ أن يكون للبائع وأن يكون اذا اشترطه المبتاع مضمرا غير مظهر فاحتمل أن يكون للمبتاع واحتمل أن يكون للغير والظاهر من الكلام ان المضمر في الكلام هو المنطوق به في المستثنى منه ان المال للعبد فوجب أن يكون الضمير ينصرف اليه فيكون معناه الا أن يشترطه المبتاع فيكون لمن كان له قبل البيع وهو العبد

(فصل) وقوله فماله للبائع يريد والله أعلم ان بمجرد البيع يزول ملكه عن المال ويدخل في ملك البائع فيكون بيده كالمال المستفاد لانه حينئذ يصح ملكه فيثبت بذلك ان البيع يقتضي انتزاع السيد مال العبد لان له شبهة في ملكه تثبت بملك انتزاعه متى شاء وكذلك لا يكمل ملك العبد ولا يملك التصرف في ماله دون اذن سيده فاذا زال العبد عن ملكه بالبيع تعلق به حق السيد وحق العبد ولم يصح أن يبقى المال بينهما على هذه الحال بعد البيع للحاجة الى التفرق ولان حق الانتزاع يبطل لان الانسان لا يملك انتزاع مال عبد غيره فلما لم يكن ابقاؤه على ما كان عليه أولا ولم يكن بد من تغليب أحد الحقين غلب حق السيد لانه مغلب في حال ملكه لانه يملك تفويته والتصرف فيه دون اذن العبد والعبد لا يملك تفويته ولا التصرف فيه دون اذن السيد (مسئلة) اذا ثبت أن المبتاع يجوز له أن يشترط مال العبد فانه لا خلاف في جواز ذلك في نفس العقد لانه مقتضى لفظ الحديث في ذلك بقوله الا أن يشترطه المبتاع ولا يوصف هذا بانه شرط الا أن يكون ذلك شرط في عقد البيع والا كان بيعا مبتدأ للمال فان لم يشترطه في نفس العقد ثم أراد أن يزيد البائع شيأ ليلحق المال بالبيع فقد اختلف أصحابنا فيه وروى أشهب عن مالك ان ذلك غير جائز وبه أخذ ابن وهب وأشهب وابن عبد الحكم وروى عن مالك وأشهب ان ذلك جائز وبه أخذ ابن القاسم من رواية عيسى عنه قال ابن القاسم وان كان ماله عينا فاشتراه بعين وأما ان كان عرضا فليس فيه كلام وروى أصبغ وأبو زيد عن ابن القاسم ان كان ذلك بحضرة البيع وقربه فهو أمر جائز والا لم يجز وجه رواية المنع ان العبد لما بيع دون اشتراط المال خرج المال عن ملك العبد الى ملك السيد فلا يجوز الحاقه بالعقد لانه قد ثبت له حكم لو كان ثابتا حين البيع لما جاز للمبتاع اشتراطه وهو كونه ملكا ووجه رواية ابن القاسم أن المبتاع لا يشترط المال لنفسه وانما يشترطه ليعيده الى ملك العبد بمنزلة أن يدفع الى العبد دنانير وأن يعطى هذا العبد مالا فان ذلك جائز ووجه آخر وهو أن ما جاز أن يكون تبعا في العقد جاز أن يكون تبعا بعد العقد كالثمرة المأبورة ولا يلزم هذا مالكا ولا ابن وهب ولا ابن عبد الحكم لانهم لا يجيزون ذلك في الثمرة وانما يلزم ذلك أشهب فانه يجيزه في الثمرة والفرق بينهما أن الثمرة يجوز أن تكون تبعا للأصل حين العقد وهي ملك للبائع ومال العبد لو كان ملكا للبائع حين العقد لما كان تبعا للعبد فكذلك اذا انتقل الى البائع بالعقد (فرع) وأما معنى القرب والبعد على رواية أبي زيد وأصبغ ففي المبسوط أن معنى القرب أن لا يدخل المال زيادة ولا نقص وأما

ان دخله نقص أو زيادة فقد بعد وامتنع الحاقه بالعقد والله أعلم وأحكم (مسئلة) فاذا احدث العبد مال فى مدة العهدة أو الخيار وقد اشترط المبتاع مال العبد فهو للعبد بأى وجه كان وان لم يشترطه المبتاع فهو للبائع بأى وجه كان ذكر ذلك عيسى عن ابن القاسم (مسئلة) وهل يجوز أن يشترط بعض مال العبد أولا روى ابن حبيب عن مالك ان ذلك غير جائز وروى عن أشهب اجازته حين العقد وبعده ووجه القول الأول ان ماتبع المبيع فى البيع لا يجوز أن يشترط اتباع بعضه أصل ذلك ماتبعه بالشرع ومقتضى العقد وهو ثمرة مأبورة أو غير مأبورة فى أصل المبيع ووجه القول الثانى ان هذا المال يثبت بعقد البيع فجاز أن يستحق بعضه كالثياب يجوز شراء جميعها وشراء بعضها (مسئلة) وهذا اذا كان العبد جميعه للبائع فان كان له بعضه فانه على ضربين أحدهما أن يكون الباقى لغيره والثانى أن يكون حرا فان كان رقيقا لغيره لم يحل أن يبيع حصته من شريكه أو من أجنبى فان باعها من شريكه فلا يجوز بيعه منه على الاطلاق لان الاطلاق فى العقد يقتضى أن يكون له من مال العبد بقدر ماله فى العبد ولا يجوز له انتزاعه الا باذن الشريك والاذن معدوم فان اشترطه البائع فقد قال سحنون هو جائز وهو كالمقاسمة وهو قول صحيح لان رضا المبتاع بالشرط اذن له فى انتزاع حصته من المال وذلك غير جائز على المشهور من المذهب فان اشترطه المبتاع فأما على قول ابن القاسم فى تجويزه للمبتاع اشتراط مال العبد فجوازه ظاهر وأما على قول أشهب فى المنع من ذلك فانه يحتمل وجهين أحدهما ان ذلك غير جائز لانه استثناء لبعض مال العبد والثانى أنه لا يجوز لانه لم يبق بيد البائع ما يكون به المبتاع مستثنيا لبعض المال بل قد استثنى جميع ما كان للبائع منه (مسئلة) فان باعه من غير شريكه فاشترطه البائع أو أطلق العقد لم يجز رواه أشهب عن مالك وعيسى عن ابن القاسم لان اشتراط البائع له يقتضى انتزاعه ولا يجوز ذلك الا باذن شريكه ولم يوجد الاذن والاطلاق فى العقد يقتضى ما يقتضيه هذا الشرط فان اشترطه المبتاع فأما على قول من يجيز اشتراط المبتاع بعض المال فهو ظاهر وأما على قول من لا يجيزه فقد روى عيسى عن مالك تجويزه ووجه ذلك ان المبتاع قد شرط جميع ما تعلق به حق البائع من المال فكان ذلك جائزا كما لو كان العبد له فاشترط جميع ماله (مسئلة) وان كان النصف الثانى حرا فعندى انه لا يجوز بيعه على الاطلاق ولا يشترط كون المال للبائع لانه لا يملك انتزاع مال من فيه جزء من الحرية ويجوز بيعه بشرط المال بيد العبد لان ذلك ينفى انتزاع شئ من المال ص

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع ان اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو دينا أو عرضا يعلم أو لا يعلم وان كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقدا أو دينا أو عرضا وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وان كانت للعبد جارية استحل فرجها بملكه اياها وان عتق العبد أو كاتب تبعه ماله وان أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشئ من دينه * ش وهذا كما قال ان المبتاع اذا اشترط مال العبد فهو له يريد انه للعبد ويصح أن يرجع الضمير للمبتاع فيريد أن له ما شرط والذى شرط أن يكون المال للعبد ويبقى على ملكه بحسب ما كان قبل ابتياعه ولو كان البائع قد انتزع المال واشترطه المبتاع لكان قد اشترى عبدا ومالا فيفسد بالجهل والتفاضل فيما لا يجوز التفاضل فيه يبين ذلك ما رواه أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية فى الذى يبيع العبد ويقول ماله مائة دينار أو فيكها لا يجوز قال ابن أبى زيد والثمن عين وجه ذلك انه لما التزم التوفية كان ذلك مالا متبرعا به يدفعه البائع الى المبتاع

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع ان اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو دينا أو عرضا يعلم أو لا يعلم وان كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقدا أو دينا أو عرضا وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وان كانت للعبد جارية استحل فرجها بملكه اياها وان عتق العبد أو كاتب تبعه ماله وان أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشئ من دينه

(فصل) وقوله نقدا أو دينا أو عرضا يعلم أو لا يعلم وان كان للعبد مال أكثر مما اشترى به يريد أن اشتراط المبتاع هذا المال لا يفسد العقد بان يكون المال المشترط عينا أكثر مما اشترى به من العين أو يكون دينا مؤجلا فيشترى بالدين أو بالنقد أو يكون المشترط من المال مجهولا عند المتبايعين أو أحدهما لأن ما اشترط من ذلك ليس بعوض فى البيع فيؤثر فيه الفساد بشئ مما ذكرناه لأن المبتاع لم يشترطه لنفسه وانما اشترط بقاءه على ملك العبد فليس بعوض فى البيع استدل مالك رحمه الله على ذلك بأن قال وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وان كان للعبد جارية استحل فرجها بملكه اياها فأما الفصل الاول فهو انه لا زكاة على السيد فى مال العبد فقد خالفنا فى ذلك من يخالفنا فى ملكه وقد تقدم ذلك فى كتاب الزكاة وأما الفصل الثانى وهو ان العبد يستبيح وطء أمته بملك يمينه فهو فصل صحيح وذلك انه لا يستباح الوطء الا بأحد أمرين نكاح أو ملك يمين فاذا لم يكن للعبد فى أمته نكاح لم يبق الا ان يستبيح وطأها بملك اليمين لا خلاف فى جواز ذلك فيثبت بذلك ملكه لها واذا صح ملكه للاماء صح ملكه لغير ذلك من الاموال لأن أحدا لم يفرق بينهما

(فصل) وقوله وان أعتق العبد أو كاتب تبعه ماله يريد أن ماله يتبعه باطلاق العتق دون اشتراطه بخلاف البيع وذلك ان زوال ملك السيد عن العبد على أربعة أوجه أحدها المعاوضة كالبيع والنكاح ففى هذا لا يتبعه المال الا بالشرط وبه قال مالك والنخعى والليث خلافا للحسن البصرى والزهرى فى قولهما ان المال تبع للعبد فى البيع والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم وهو قوله صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع والوجه الثانى العتق وما فى معناه من العقود التى تفضى الى العتق وتسقط النفقة عن السيد كالكتابة ففى هذا المال يتبع العبد الا أن يشترطه السيد وقال أبو حنيفة والشافعى هو للسيد فى العتق والدليل على ما نقوله أن الكتابة لما كانت تفضى الى العتق ملك المعتق بها ماله فبان يملكها بالعتق أولى وأحرى والوجه الثالث الجناية فان المال يتبع فيها الرقبة وينتقل بانتقالها وسيأتى تفسيره فى الجنايات ان شاء الله تعالى والوجه الرابع الهبة والصدقة فقد اختلف أصحابنا فيها فقال بعضهم يتبع المال العبد لأنه منتقل عن ملك سيده بغير معاوضة فأشبه انتقاله بالعين وقال بعضهم يتبع ماله والمال للواهب لأنه منتقل عنه باختياره الى مالك فلم يتبعه ماله كالبيع

(فصل) وقوله فان أفلس أخذ الغرماء ماله وذلك ان فلس العبد يكون بان يأذن له سيده فى التجارة فيستغرق الدين ماله فان الغرماء يأخذون ماله ولا حق لهم من ذلك قبل سيده ولا فى رقبته لأنه انما تناول اذنه له فى التجارة ما بيده من المال ومبايعته انما تقتضى تعلق الدين بذمته دون خدمة سيده ودون رقبته

﴿ ماجاء فى العهدة ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن أبان بن عثمان وهشام بن اسمعيل كانا يذكران فى خطبتهما عهدة الرقيق فى الايام الثلاثة من حين يشترى العبد أو الوليدة وعهدة السنة * قال مالك ما أصاب العبد أو الوليدة فى الأيام الثلاثة من حين يشتريان حتى تنقضى الأيام الثلاثة فهو من البائع وان عهدة السنة من الجنون والبرص والجذام فاذا مضت السنة فقد برئ البائع من العهدة كلها ﴾ ش قوله ان أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل كانا يذكران فى خطبتهما عهدة

﴿ ماجاء فى العهدة ﴾
حدثنى يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل كانا يذكران فى خطبتهما عهدة الرقيق فى الأيام الثلاثة من حين يشترى العبد أو الوليدة وعهدة السنة قال مالك ما أصاب العبد أو الوليدة فى الأيام الثلاثة من حين يشتريان حتى تنقضى الأيام الثلاثة فهو من البائع وان عهدة السنة من الجنون والبرص والجذام فاذا مضت السنة فقد برئ البائع من العهدة كلها

الرقيق يريد انهامن الامور المشهورة المعمول بها التى كان الامراء يهتمون بها ويجعلونها من أوكد اللوازم حتى كادوا يدخلون ذلك فى الخطب لئلا يخفى على أحد ممن قرب من المدينة ولا بعد عنها لأن المدينة كانت لاتنفك عن قادم عليها من جميع الافاق وكانوا يحضرون الجمع وأوقات الخطب فيسمعون تكرر ذلك فى الخطب من الامراء أو ممن يرجع الى قولهم ويمتثل أمرهم ثم لاينكر ذلك عليهم منكر ولا ينهاهم عنه ناه لكونه شايعا معمولا به عند الأئمة من أهل المدينة الذين يؤخذ عنهم العلم واليهم كان يرجع فيما اختلف فيه منه ولان أمير المدينة لم يكن يدخل ذلك فى خطبته الابعد مشاورة أهل العلم من الصحابة والتابعين بها وموافقتهم له عليها

(فصل) وقوله عهدة الرقيق فى الايام الثلاثة الى آخر الحديث فيه ستة أبواب * الاول منها فى تفسير معنى العهدة وتبيين أحكامها وعددها * والباب الثانى فى محل الحكم بها من البلاد * والباب الثالث فى محل ثبوتها من المبيع * والباب الرابع فى محل ثبوتها من العقود * والباب الخامس فى مقتضى ذكرها * والباب السادس فى حكم العوض منها فى تعجيل أو تأخير

(الباب الاول فى تفسير معنى العهدة)

معناها تعلق المبيع بضمان البائع وكونه مما يدركه من النقص على وجه مخصوص مدة معلومة وذلك أن البيع فيما فيه العهدة لازم لاخيار فيه ولكنه مترقب مراعى فان سلم فى مدة العهدة علم لزومه للمبتاع والبائع جميعا وان أصابه نقص علم لزومه للبائع وثبت الخيار للمبتاع فى امضائه أو رده كعيب دلس به البائع لايعلم براءته من التدليس بالعيب الذى ظهر فى مدة العهدة وهى مضافة الى ملكه لما تعلقت التهمة به من التدليس وهى مغلبة على تجويز براءته ولذلك حكمنا عليه بالرد بالعيب اذا وجد فى مدة ملكه وان كنا لانعلم أنه دلس به (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المبيع الذى ثبتت فيه العهدة على ضربين أحدهما فيه استبراء ومواضعة وسيأتى ذكره والثانى ليس فيه استبراء ولا مواضعة وله عهدتان ولكل واحدة منهما أحكام تختص بها وأما العهدة الاولى فهى ثلاثة أيام هذا مذهب أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم ومنع أبو حنيفة والشافعى ثبوت هذه العهدة اشترط ذلك المشترى أو لم يشترط واستدل أصحابنا فى ذلك بما رواه قتادة عن الحسن عن عقبة بن عامر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاث ليال وروى قتادة عن الحسن عن سمرة قال قال النبى صلى الله عليه وسلم عهدة الرقيق ثلاث ودليلنا من جهة المعنى ان الرقيق يكتمه الافهام والاخبار عما يجده من أسباب المرض ومقدمات العلل فيتبعه سيده لذلك قبل أن يتبين مرضه فحكم فيه بالعهدة ليتبين أمره ويتضح حاله ووجه آخر وهو ان هذا وجه احتياط لايتعلق بالتدليس ويقتضى الاختلاف فى البيوع والتخاصم فجاز أن يعتبر فيه بثلاثة أيام أصل ذلك المصراة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فأول هذه الأيام الثلاثة من يوم عقد البيع ان كان البيع لازما وان كان بالخيار فمن يوم يحكم بلزوم العقد وانما يحتسب فيها باليوم الكامل فان كان البيع قبل الفجر احتسب بما بعده من الأيام وان كان البيع فى بعض النهار فقد روى ابن القاسم عن مالك فى كتاب محمد ان كان البيع نصف النهار لم يحتسب بذلك اليوم وهذا القول مشهور لابن القاسم فى العقيقة ومدة مقام المسافر فى المصر وأما سحنون فيقول انما راعى المقصود من المدة وتلفق أبعاض الأيام فيحتسب فى المقام فى المصر بعشرين صلاة ويجىء على هذا أن تلفق أبعاض الأيام فى العهدة وجه ماقاله ابن القاسم ورواه عن مالك التعلق بلفظ الحديث فى عهدة الرقيق ثلاث وذلك لاينطلق على الساعات وأبعاض الأيام

ومن جهة المعنى ان المعتبر فى ذلك ثبوت حمى الربع وقد يتقدم فى اليوم الثالث ويتأخر فيجب استيفاء اليوم لتعلم السلامة منه ووجه مايقتضيه قول سحنون انهم يراعون فى ذلك أقصى مدة ادواء الأمراض المعينة المعتادة وهى حمى الربع وتبعيض الأيام فيها مشاهد وكالها غير معتاد فاذا كان ذلك الأصل فى معنى العهدة وجب أن تكون أيامها سنة على ذلك (فرع) اذا ثبت ذلك ان العهدة من وقت لزوم البيع فسواء قبض المبتاع الجارية المبيعة أولم يقبضها فان كانت غائبة غيبة بعيدة تقتضى أن تكون من البائع فان عهدة الثلاث من البائع فاذا انقضت نفى ضمان الغيبة البعيدة كما تنتفى نفقة ضمان الاستبراء بعد انقضاء عهدة الثلاث على أحد قولى مالك وهو قوله ان ضمان العبد المبتاع المعين من البائع حتى يقبضه المبتاع وان لم يمسكه بالثمن وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه لاعهدة فى العبد المبيع نصفه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان عهدة الرقيق فى هذه الثلاثة الأيام لاحقة للبائع بأى وجه أصابه نقص أو هلاك مما يعلم أنه حادث أولا يعلم وذلك انه لما كان أحوال الضمان عليه أغلب وأكثر أجرى جميعه مجرى غالبه وسواء كان ماحدث به من العيب نقص فى جسده أوعيب يختص بنقص ثمنه كالاباق والسرقة والشرب والزنا فان ذلك كله يثبت الخيار للمبتاع عند ابن القاسم وابن الماجشون ووجه ذلك ان هذا عيب لو كان بالمبيع قبل البيع لكان للمبتاع الرد به فاذا احدث فى عهدة الثلاث كان له الرد به كالنقص فى الجسد (مسئلة) فان ذهب شئ من العيوب الجارية قبل أن يرد المبتاع بطل خياره مثل أن يظهر بعينه رماض فيذهب وذلك فيما لاتنتفى عودته فأما ماتعتاد عودته كالحمى ونحوها فان سحنونا قال له الرد الآن لانه لايأمن العودة سواء رفعه الى الحاكم حين أصابته الحمى أولم يرفعه وقال أشهب لايعلم ذهابها فان عاودته فى القرب ردّ وان كان بعد الثلاث وجه قول سحنون ان ذهابها ليس ببرء فلا يسقط الخيار ووجه قول أشهب انه على صورة البرء ويحتمل المعاودة فيجب التوقيف حتى يعلم على أى الوجهين كان ردّها به (فرع) اذا ثبت ذلك فان طرأ على العبد أو الأمة أمر فأشكل وقت حدوثه فلم يدر أفى العهدة أو بعدها فذهب ابن القاسم فى العبد يأبق فى العهدة وقد تبرأ بائعه بالاباق فلم يعلم صحته ولا هلاكه ان ذلك من المبتاع حتى يعلم انه أصابه فى العهدة وروى ابن نافع عن مالك ان ذلك من البائع حتى يعلم انه سلم فى العهدة وجه قول ابن القاسم ان الأصل السلامة ولم يتيقن منه فى العهدة أكثر من الاباق الذى تبرأ منه فلا يلزمه الضمان الا بتيقن سلامته فى عهدة الثلاث (فرع) وعلى البائع نفقة العبد وكسوته ومؤنته فى عهدة الثلاث لانها مدة تلحقه بملكه فى الضمان العام فلزمه فيها النفقة والمؤنة كمدة الخيار (مسئلة) وللمبتاع أن يسقط العهدة بعد ثبوت العقد ويسقط عن البائع الضمان والنفقة ويبرم العقد فان لم يسقط العهدة ولكنه أحدث فى العبد مايمنع رده أو يقتضى الرضا به كالعتق ثم حدث عيب فى عهدة الثلاث ففى كتاب ابن المواز تسقط بقية العهدة وقال أصبغ وسحنون العهدة ثابتة وينفذ العتق ويرجع بقيمة العيب وروى ابن حبيب عن ابن القاسم فى عهدة السنة ثلاثة أقوال اثنان مثل القولين المتقدمين والثالث يرد العتق وهذا فى عهدة الثلاث أولى ووجه الرواية الاولى ان هذا عيب حدث بعد العتق فلم يكن له الرجوع به كالعيب يحدث بعد العتق وفى غير عهدة الثلاث ووجه الرواية الثانية ان تمام البيع وانبرامه مراعى بسلامة العبد فى مدة العهدة فاذا احدث فى العهدة عيب تبين أن العقد لم ينبرم فيثبت له الرجوع لانه كعيب حدث عند البائع أو فى مدة الخيار ولا يمنع من ذلك العتق لانه بمنزلة أن يعتق عبدا اشتراه ثم يطلع بعد العتق على

عيب قديم ووجه الرواية الثالثة ان العقد لما كان مراعى وموقوفا على السلامة وكذلك العتق فاذا دخل فيه الخيار لحدوث العيب بطل العتق لانه عتق لم يصادف ملك المعتق

(فصل) وأما العهدة الثانية وهى عهدة السنة فتختص بثلاثة ادواء الجنون والجذام والبرص فكل ماظهر فى هذه المدة من هذه الادواء فهو من البائع هذا مذهب مالك وجماعة أهل المدينة وقال أبو حنيفة والشافعي ذلك كله من المبتاع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالجنون الذى يجب به الرد هو ذهاب العقل من مس الشيطان على هذا جمهور أصحابنا مدنيهم ومصريهم الا ابن وهب فانه قال بأى وجه زال عقله فى السنة من ضربة أوغيرها فهو من البائع ووجه الرواية الاولى ان السنة انما جعلت مدة لهذه العهدة من الادواء الثلاثة لما كانت ادواء توجد أسبابها و يتأخر وجودها و بذلك فارقت سائر الادواء وذهاب العقل بضربة أومعنى طارئ معلوم أن سببه لم يكن موجودا حين التبايع فلم يلزم البائع الضمان ووجه الرواية الثانية ان هذا ذهاب عقل فى عهدة السنة فلزم به الرد كما لو كان عن جنون (مسئلة) فان ذهب بالعبد بهق أو حمرة أو جرب مفرط حتى يقبح منظره لم يرد بشئ من ذلك الا الجذام والبرص لان هذه الادواء التى لايبرأ منها فى الغالب و ينعدم أسبابها تذهب معظم ثمن المبيع والحمرة والجرب والبهق معان يبرأ منها غالبا فاشبهت سائر الامراض (مسئلة) فان ظهر به جنون أوجذام أو برص بين ثم ذهب قبل الرد فقال مالك فى الجنون يرد وقال ابن حبيب فى ذلك كله يرد لان ذلك كله لاتؤمن عودته كالجنون ولان هذه الادواء لايكاد يبرأ منها فان ظهر بعض البرء فان سببه كامن فيجب به الرد (مسئلة) والذى يرد به من هذه العيوب عند ابن القاسم ماظهر وتيقن فى مدة السنة أوتيقن سببه فى السنة وعلم انه لايظهر الابعد السنة فلا يرد به وتابعه على ذلك ابن كنانة قال ابن وهب وأشهب وابن الماجشون وأصبغ يرد بما تيقن بعد السنة اذا شك فيه قبل انقضائها وقال ابن المواز اذا تيقن سببه فى السنة وعلم انه لايظهر الابعد السنة رد بذلك وجه قول ابن القاسم ان السنة حد لظهور هذا المعنى لجواز أن تكون أسباب هذا المرض قد اطلع عليها البائع وكانت من الامراض التى تطرأ مما لاصنع فيها للبائع ووجه القول الثانى ان الضمان انما لزم بالعهدة لأجل التدليس ألاترى ان العبد اذا جنى عليه فى عهدة الثلاث ان ذلك لم يكن مما دلس به البائع ومع هذا فقد لزمه ضمانه (مسئلة) والنفقة والمؤنة فى عهدة السنة على المبتاع ووجه ذلك ان ما يرد فيها هذه الادواء الثلاثة يتوقع وجود أسبابها قبل البيع وهى زيادة فلم يلزمه ضمان مايحدث و يتكرر بتوقع مايقل و يندر واذا لم يلزمه الضمان على العموم لم تلزمه النفقة ولم تكن له غلة والأصل فى ذلك مارواه مخلد بن خلاد عن عروة عن عائشة قالت قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الخراج بالضمان وهذا الحديث وان لم يشترط الصحة من وجه الاسناد فقد تعلق به جمهور الفقهاء (مسئلة) وهل تدخل عهدة الثلاث فى عهدة السنة أم لا عن مالك فى ذلك روايتان روى عنه أشهب وابن القاسم ان ابتداء السنة بعد انقضاء الثلاث و بعد انقضاء الاستبراء فيما فيه الاستبراء وروى ابن حبيب عنه ان ذلك داخل فى السنة وان السنة من يوم التبايع ووجه رواية ابن القاسم ان العهدتين متنافيتان أحكامهما مختلفة فوجب أن لاتتداخلا وانما تتداخل من المدد ماتتفق أحكامها ووجه رواية ابن حبيب ان المدتين لازمتان باطلاق العقد لاتفتقر واحدة منهما الى تعيين مدتها فيكون أولهما يوم البيع

(الباب الثانى فى محل الحكم بها من البلاد)

أما محل العهدة من البلاد فاختلف أصحاب مالك فى ذلك فقال ابن حبيب قال المصريون من أصحاب

مالك لا تلزم عهدة الثلاث أهل بلد حتى يحملهم السلطان عليها ومثل ذلك روى عن ابن القاسم عن مالك قال ابن حبيب وروى المدنيون عن مالك يقضى بها بكل بلد وان لم يعرفها أهله وعلى الامام أن يحدثها ويحكم بها على من عرفها وجهلها قبل التقدم فيها وبعده وجه رواية المصريين ان العرف جار بذلك بالمدينة على ما تقدم ولما كان له وجه من وجوه الصحة حمل عليه حيث العرف به دون غيره من البلاد ووجه رواية المدنيين ان ذلك من مقتضى العقد لانه من تمام التسليم وفى هذا الباب معنى آخر يحتاج الى تبيينه وذلك ان اشتراط الضمان المتفق على محله مفسد للعقد لمن شرط على البائع ضمان المبيع بعد قبضه فان كان محل الضمان مختلفا فيه فلا بد مع ذلك أن يكون له عرف أولا يكون له عرف فان كان له عرف جاز نقله بالشرط كبيع الاعيان الغائبة واشتراط ضمانها من غير ما يقتضيه العقد وان كان ثم عرف يوافق مقتضى العقد عن القابل بذلك فلا يجوز اشتراط نقله فان شرط نقله فى عقد بيع عما يقتضيه العرف صح العقد وبطل الشرط وان كان الشرط بخلاف مقتضى العقد فشرط نقله الى ما يقتضيه العقد صح العقد والشرط وان شرط نقله عما يقتضيه العقد الى العرف فان كان للعرف وجه صحيح صح العقد والشرط وان لم يكن وجه صحيح بطل العقد وصح الشرط فعلى هذا ان شرط فى غير بلاد العهدة العهدة فعلى قول المصريين يثبت العقد ويبطل الشرط لانه شرط ما يخالف مقتضى العقد والشرط جميعا لانه شرط مقتضى العقد دون العرف فان شرط البراءة بالمدينة فعلى قول المصريين يثبت الشرط والعقد وعلى قول المدنيين يبطل الشرط ويثبت العقد (فرع) فان قلنا برواية المصريين فهل يستحب أن يحمل غير بلاد العهدة على العهدة أم لا عن مالك فى ذلك روايتان روى عنه ابن القاسم وددت ان الناس يحملون على ذلك وروى عنه أشهب لا يحمل أهل الآفاق على العهدة وليتركوا على حالهم وجه رواية ابن القاسم ان هذا معنى له وجه احتياط فى بياعات الرقيق وتجوز ما كثر من تدليس الناس فيه فوجب أن يحمل الناس عليه كنصب المكيال والموازين ومنع كسر الدنانير والدراهم ووجه رواية أشهب ان عرف البلاد اذا وافقه مقتضى العقد لم يجز تغيير حكمه وهذا على رواية المصريين

(الباب الثالث فى محل ثبوتها من المبيع)

أما محل العهدة من المبيع فهو فى الرقيق خاصة والفرق بينه وبين سائر المبيعات ما ذكرنا من أن له تميزا تكتم به عيوبه فجعلت العهدة باختيار حاله وتبين أمره هذا الذى حكاه القاضى أبو محمد عن أبى بكر بن الجهم وهذا ضد ما يحتاج اليه لان هذا دليل على جواز البيع بالبراءة والصحيح عندى ما ذكره غيره من ان للرقيق أفهاما تخبر عن أسباب امراضه التى يجدها قبل ظهورها عليه فيكون كتمان السيد لما أخبره به من أسباب امراضه تدليسا يقوم مقام تدليسه بما ظهر عليه من عيوبه لان خيار الرد بالعيب انما يثبت حيث يختلف حال البائع والمبتاع فى المعرفة بالعيب فاذا استوت حالهما فى ذلك بطل الخيار فلما كان سائر الحيوان والمبيعات لا يمكنه الاخبار عما يجد من أوائل الامراض وأسبابها ومباديها فى باطن جسمه استوت حال البائع والمبتاع فى ذلك فلم يكن للمبتاع الرد بالعيب ولذلك لما كانت أدواء الجنون والجذام تتقدم بالمدة الطويلة وتظهر باختلاف الفصول والازمنة كانت العهدة فيها سنة لاستيفاء جميع الفصول والازمنة ولما كانت سائر الادواء لا تتقدم أسبابها أكثر من ثلاثة أيام كان ذلك المقدار عهدتها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان هذا حكم من لا يعقل من الصبيان ولا يمكنه الاخبار عما يجد من أسباب المرض لاننا انما علقنا للجنس دون أعيانه

ولم نفرق بين من يتأتى ذلك منه وبين من لا يتأتى لانه لا يمكننا تمييز وقت امكانه من وقت تعذره فوجب أن يكون حكم جميعه حكم ما يمكن ذلك فيه ولذلك جعلنا عدة الوفاة وحكم الاحداد على الصغيرة لما تعذر علينا تمييز الصغرمن الكبر (مسئلة) عهدة الثلاث لازمة فى الأمة الرائعة التى تجب فيها المواضعة الأنها داخلة فى جملة الاستبراء ان استغرقها أمر الاستبراء لما كان حكم عهدة الثلاث حكمه فان ذهب الاستبراء جملة ولم يثبت كاستبراء الأمة الحامل أو شراء الرجل زوجته فعهدة الثلاث فيها ثابتة ظاهرة لتعريها عن أحكام المواضعة وكذلك التى تشترى فى عظم دمها

(الباب الرابع فى محل العهدة من العقود)

أما محل العهدة من العقود وتمييز ما تثبت فيه العهدة منها مما لا تثبت فان ما يتعاوض به من الرقيق على ضربين معين وثابت فى الذمة موصوف فأما المعين فان المعاوضة به على ضربين أحدهما أن يكون العقد مبنيا على المغابنة والمكايسة كالبيع والثانى أن يكون مبنيا على المكارمة فأما البيع فانه لا يخلو أن يكون بيع براءة أو بيعا مطلقا فان كان بيع براءة فقد قال ابن كنانة فى المدنية ومن اشترى رقيقا من أهل الميراث فانه بيع براءة ولا عهدة لمشتريه لا عهدة ثلاث ولا عهدة سنة وضمانها من أهل الميراث فى عدة الاستبراء ان كانت من على الرقيق ورواه ابن القاسم عن مالك وان كان بيعا مطلقا فقد تثبت فيه العهدة على ما قدمناه (مسئلة) وأما ان كان مبنيا على المكارمة كعقدة النكاح فاختلف فيه قول مالك فى كتاب ابن المواز فقال مرة فيه العهدة وبه قال أشهب وقال مرة لا عهدة فيه وقاله سحنون فوجه قوله بثبوت العهدة انه عقد معاوضة فكان حكم العهدة فيه ثابتا كالبيع ووجه القول الثانى أن النكاح يقتضى استباحة الاستمتاع حين العقدة ولا يجوز فى عهدة الثلاث قبض العوض الذى هو البضع فلو ثبتت العهدة فى النكاح بالرقيق لوجب أن يبطل النكاح لتعذر استباحة الاستمتاع حين العقد إلا لاقتضاء العوض ولا اقتضاء العوض قبل انقضاء عهدة الثلاث وقد أجمعنا على صحة النكاح بالرقيق ثبت بذلك أن لا عهدة فيهم وهذا التعليل يقتضى أن لا عهدة فى غير مخالع به لان عوضه يحصل بنفس العقد وذلك ينفى العهدة وقد قاله سحنون فى العبد المخالع به والمصالح به (مسئلة) وأما الاقالة والشركة والتولية والسلف فقال ابن حبيب لا اقالة فى عهدة ولا سلف ورواه ابن المواز عن أصبغ وقال سحنون لا عهدة فيما سلف من الرقيق فكأنه قصر هذا الحكم على ابتداء الغرض لا على قضائه ووجه ذلك انه عقد مبنى على المكارمة كعقد النكاح وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه لا عهدة فى العبد الموهوب للثواب ووجه ذلك ما قدمناه ويحتمل أن يكون فى الاقالة وغيرها مما ذكرناه معها قول ثان ان العهدة تثبت فيها فان كانت بعد انقضاء العهدة الأولى فهذا على قولنا ان الاقالة بيع وان قلنا انه فسخ بيع على ما تأوله بعض أصحابنا فى الشفعة والمرابحة فلا عهدة فيها قولا واحدا (مسئلة) وأما الرد بالعيب فروى أشهب عن مالك لا عهدة فيه ووجه ذلك انه فسخ بيع وليس بعقد معاوضة وفسخ البيع لا عهدة فيه كالبيع الفاسد يفسخ

(فصل) وأما غير المعين وهو الثابت فى الذمة فانه أيضا على ضربين أحدهما أن يثبت معاينة كالسلم والثانى أن يثبت بعقد مكارمة كالنكاح والقرض فأما السلم فاختلف أصحابنا فيه فروى ابن المواز فيه العهدة وبه قال ابن حبيب وقال ابن المواز لا عهدة فيه وان كان بلد العهدة الا أن يشترطها فان كانت أمة ففيها الاستبراء وقال ابن القاسم ليس فيها عهدة ثلاث وعهدة السنة تبع لها وقد قال

سحنون لاعهدة فى عبد مأخوذ من دين ولا مأخوذ من كتابة وقول ابن حبيب فيه العهدة ويحتمل أن يكون مبنيا على قول أشهب أن تعيين العبد كالقبض وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى ويحتمل أن يجرى أيضا على مذهب ابن القاسم وان فسخ الدين فى الدين انما يكون فيما نقل من جنس الى غيره وأما من يثبت له شئ فى الذمة بعين بجنسه فليس من باب فسخ الدين فى الدين والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس فى محل درك العهدة)

أما محل دركها فسيأتى بعد هذا مبينا ان شاء الله تعالى

(الباب السادس فى حكم العوض منها فى تعجيل أو تأخير)

أما حكمها فقد ذكرنا أن العهدة المختصة بالرقيق عهدتان احداهما عهدة الثلاث والثانية عهدة السنة فأما عهدة الثلاث ففيها مسئلتان احداهما لا يلزم النقد فيها بمجرد العقد والثانية لا يجوز اشتراطه فى مدة هذه العهدة وانما قلنا انه لا يلزم النقد فيها توقعا لمعنى متكرر متقدم لجواز هلاك المبيع أو بعضه مع انفراد البائع بمعرفته وضمانه للمبيع بسببه فلم يكمل تسليمه للمبيع فلذلك لم يستحق قبض ثمنه (فرع) والفرق بينه وبين الثمرة فى رؤس النخل التى ضمانها من البائع ويلزم النقد فيها باطلاق العقد ان ضمان البائع للثمرة انما هو لأمر طار يخاف حدوثه يتيقن انه يستوى فى معرفته البائع والمبتاع وضمان العهدة لسبب ماض لا يتيقن عدمه على البائع حين العقد وانما ضربت مدة الأيام الثلاثة استبراء ليغلب على الظن سلامته (مسئلة) ولا يجوز اشتراط النقد فيها لان هذه مدة لا يلزم دفع الثمن فيها بمجرد العقد الا بالتسليم له فلم يجز اشتراط دفعه فيها كمدة الخيار (فرق) والفرق بينه وبين المكيل والموزون انه يجوز شرط النقد فيه قبل وجوبه وقبل خروج المبيع من ضمان البائع أن ضمان البائع هناك انما هو لما بقى عليه من حق التوفية فكان للمبتاع منع الثمن حتى يستوفى فاذا شرط عليه تعجيله جاز ذلك كشراء المنافع فى الاجارة وليس كذلك فى مسئلتنا فانه لم يبق عليه حق توفية فأشبه بيع الخيار فان شرط النقد بطل العقد (فرع) ولا يجوز اشتراط البائع وضع النقد على يده مختوما لان ذلك اشتراط النقد ويجىء على قول القاضى أبى محمد فى مسئلة العربان أن ذلك جائز وهل للبائع ايقاف الثمن على يد عدل عن مالك فى ذلك روايتان قال فى الموازية يجب ايقافه وقال فى المبسوط والعتبية ليس عليه ذلك الا أن يتطوع به وجه الرواية الأولى ان من حجة البائع أن يقول أخاف فلسه وذهاب ما بيده وأن يفسد تسليمه الى فان لم يجز ذلك فليستوثق لى بوضعه على يد عدل ووجه الرواية الثانية انه اذا لم يجب تسليمه الى البائع لم يلزم اخراجه من ذمة المبتاع الى يد أمانة لان ذلك تغرير بالمال (فرع) فاذا وضع على يد عدل فتلف فضياعه على من يجب له أخذه عينا كان أو عرضا أو حيوانا حكاه ابن المواز عن مالك وجه ذلك انه لما كان أمر المبيع مراعى ان سلم لزم المبتاع بالعقد الأول وان لم يسلم لم يلزمه ووجب أن يكون الثمن أيضا مراعى معتبرا بالمثمون لانه انما أوقف بسببه فان سلم المبيع فالثمن من البائع لانه قد ظهر انه فى ملكه من يوم قبضه وان لم يسلم المبيع فالثمن من المبتاع لانه باق على ملكه (مسئلة) وهل له أن يتمسك بالمبيع ناقصا اذا ضاع الثمن روى عيسى عن ابن القاسم له ذلك وروى عنه انه ليس له ذلك ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال ينفسخ البيع ولا ثمن من المشترى والجارية المعيبة للبائع وجه بقاء الجارية له وهو اختيار سحنون وأصبغ أن هذا خيار كان له قبل ضياع الثمن فلا يسقط حقه بضياع الثمن أصله اذا لم يحدث بالمبيع عيب ووجه ابطال الخيار ان حدوث النقص فى مدة العهدة من ضمان

البائع فوجب أن يكون ضمان الثمن من المشترى (فرع) فاذا قلنا بثبوت الخيار ففى أى شئ يكون له الخيار روى ابن المواز عن ابن القاسم له قبول المبيع بالثمن التالف وقال ابن عبدوس عن عبد الملك انما له أخذها بغرم ثمن ثان أو ردها وقال سحنون ان أتلف الثمن قبل حدوث العيب فانما يأخذ بثمن آخر وأما ان تلف الثمن بعد حدوثه وقبل رضا المبتاع به قبل الحيض أو بعده فله أخذ الجارية دون ثمن آخر وجه قول ابن القاسم انه لا يجوز أن يلزمه عوضان فى عين واحدة ووجه القول الثانى ان النقص الحادث فى المبيع تبين ان الثمن الأول له وبقى له الخيار فان رد المبيع والا كان عليه أن يأتى بثمن آخر يصل الى البائع ووجه القول الثالث أن تقدم حدوث العيب قد أثبت له الخيار قبل ضياع الثمن فالثمن من البائع واذا ضاع الثمن قبل حدوث العيب فقد ضاع من المشترى فاذا حدث العيب بعد ذلك واختار السلعة فعليه ثمن آخر (مسئلة) فاذا قلنا ان النقد غير لازم ولا جائز بالشرط جاز أن يتطوع المبتاع بعد تمام البيع لانه تقديم لنقد لا يلزمه تقديمه كالثمن المؤجل وهذا اذا لم يكن البيع بالخيار فان كان بالخيار فنقد فى مدة الخيار لم يجز ذلك لانه اذا لزم البيع بامضائه وقطع الخيار أخذ فيه جارية فيها المواضعة فآل ذلك الى فسخ دين فى دين

(فصل) وأما عهدة السنة فالنقد فيها لازم لان ما يتقى فيها نادر شاذ فلا يجوز منع النقد لسبب متوقع نادر ولان هذه مدة سقطت فيها النفقة عن البائع بالبيع فكان له أخذ الثمن أصل ذلك بعد انقضاء العهدة ص ﴿ قال مالك ومن باع عبدا أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة فقد برئ من كل عيب ولا عهدة عليه الا أن يكون علم عيبا فكتمه فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردودا ولا عهدة عندنا الا فى الرقيق ﴾ ش وهذا كما قال ان من باع رقيقا بالبراءة فقد برئ مما لم يعلم من العيوب ويسقط عنه حكم العهدة وحكم الرد بالعيب وذلك أن المبيع على ثلاثة اضرب ضرب فيه العهدتان المتقدمتان وهو الرقيق والضرب الثانى ليست فيه عهدة مقدرة بزمن ولكن عهدة الرد بالعيب فيه ثابتة فتى اطلع على عيب يمكن أن يدلس به البائع كان له الرد بالعيب وسيأتى بيانه بعد هذا ان شاء الله تعالى والضرب الثالث بيع بالبراءة من عهدتى الرقيق من العيوب التى لم يعلم بها البائع فتى اطلع المبتاع على عيب لم يعلم ان البائع علم به لم يرد به هذا المشهور من المذهب وحكى القاضى أبو محمد عنه رواية ثانية اشتراط البراءة غير نافع ولا يبرأ الا مما يراه المبتاع وللشافعى فى ذلك ثلاثة أقوال أحدها انه لا يبرأ ببيع البراءة من عيب علمه أو لم يعلمه والثانى يبرأ منها وبه قال أبو حنيفة والثالث يبرأ فى الحيوان من الداء الباطن خاصة وحكى عنه يبرأ مما لم يعلم فى الحيوان دون ما علم كقول مالك فى الرقيق والدليل على تأثير شرط البراءة فيما لم يعلمه البائع من العيوب حديث عبد الله بن عمر الذى يأتى بعد هذا وحكم عثمان بن عفان رضى الله عنه باليمين انه ما علم بالعيب وفى ذلك اثبات ما وصفناه من البراءة لان عثمان أمير المؤمنين وكانت أحكامه تسمع وتنتقل لاسيما الى مثل عبد الله بن عمر ولم يعلم له مخالف فى ذلك ومن جهة المعنى ان هذا تبرؤ من عيب استوى فيه علم المتبايعين فلم يثبت فيه خيار الرد بالعيب أصل ذلك اذا علماه وفى هذا الدليل نظر ووجه الرواية الثانية ما احتج به بعض أصحابنا ان فى بيع البراءة غررا فان المبتاع بذل ثمنه فى مقابلة سلعة لم يعقد البيع على صحتها ولا رجوع له بما ينقص العيب منها فلم يعلم قدر ما يشترى به ولا قدر ما يسلم وهذا الدليل يقتضى صحة العقد ولم ينقل ذلك عن أحد من شيوخنا وانما هذه الرواية مع شذوذها تمنع البراءة وتصحح العقد وانما يعتمد فيها على قلة العيب مع سلامة العقد والتسليم والتزامها على الظاهر

* قال مالك ومن باع عبدا أو وليدة من أهل الميراث أو من غيرهم بالبراءة فقد برئ من كل عيب ولا عهدة عليه الا أن يكون علم عيبا فكتمه فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردودا ولا عهدة عندنا الا فى الرقيق

من السلامة ولذلك منع من البراءة من ثلاث فى علي الرقيق من الحمل الذى لم يظهر لما كثر الغرر ومنع المغيرة من الحكم بالبراءة فيما زاد على الثلاث من عيوب الرقيق والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهل يتبع بالبراءة من لا يعلم حال المبيع اختلف أصحابنا فى ذلك فروى ابن القاسم عن مالك المنع منه وروى عن ابن الماجشون وأصبغ التخفيف فيه وجه قول مالك انه قصد الى التدليس حين لم يشرف على حال المبيع وقد توقع عيوبا فأراد أن لا يطلع عليها التدليس ووجه قول ابن الماجشون ما احتج به من ان هذا بائع للبراءة فلم يمنع من ذلك عدم علمه بحال المبيع كالوارث والسلطان (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون فالبيع صحيح والشرط لازم وبه قال أشهب وان قلنا بقول مالك فقد قال ابن القاسم لا تنفعه البراءة اذا علم انه لم يختبر العبد ووجه ذلك ان الشرط المختلف فى جوازه لا يبطل العقد وان بطل هو فى نفسه فهذا ما شرط البراءة صح البيع ولم ينعقد الشرط على وجه التدليس كما لو علم بالعيب واشترط البراءة (مسئلة) ولا يبرأ البائع بالبراءة مما علم من العيوب وهذا أحد قولى الشافعى وقال أبو حنيفة يبرأ من ذلك والدليل على ما نقوله حديث عثمان رضى الله عنه انه قضى على ابن عمر بان يحلف انه ما علم به عيبا ولو لم يجب الرد بما علم لم تلزم هذه اليمين ودليلنا من جهة المعنى ان هذا عيب دلس البائع به فثبت فيه خيار الرد بالعيب كما لو لم يبع بالبراءة اذا ثبت ذلك فى بيع البراءة خمسة أبواب * أحدها فى تبيين محلها من العقود * والثانى فى تبيين محلها من المعقود عليه * والثالث فيمن يجوز له ذلك من العاقدين * والرابع فى تبيين ما يصح ذلك فيه من العيوب * والخامس فى شروط صحة عقد البيع بالبراءة

(الباب الاول فى تبيين محل البراءة من العقود)

لم أر أحدا من أصحابنا ذكره فى غير البيع ولا ذكر ما يختص به من البيوع * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى انها تصح فى كل عقد معاوضة ليس من شرط صحتها التماثل فما كان من شرط صحته التماثل لم يجز فيه البراءة كالقرض لان البراءة فى القرض والقضاء أو فى أحدهما ينافى التماثل يجوز أن يكون فى أحدهما من العيوب ما ليس فى الثانى فلم يعلم التماثل والجهل بالتفاضل فيما ينافيه التفاضل كالعلم به فى فساد العقد (مسئلة) وهذا فى المعين وأما ما يثبت فى الذمة (٢)

(الباب الثانى فى تبيين محلها من المعقود عليه)

المبيع المعقود عليه على ثلاثة أضرب رقيق وحيوان صامت وعروض فأما الرقيق فالظاهر من المذهب جواز بيعه بالبراءة ووجه ذلك ان الرقيق يكتم عيوبه ولا يظهرها ستراعلى نفسه ورغبة فى بقائه فى محله فكان ذلك مقويا لما يدعيه البائع من استواء علمه به وعلم المبتاع ومن أصلنا ان الرد بالعيب مبنى على علم البائع بالعيب وتدليسه وما استوى فيه علم البائع والمبتاع فلا سبيل الى الرد به علما أو جهلا فان قيل تارة يستدلون بكتمانه على صحة البراءة وتارة يستدلون باخباره على العهدة وهما علمان متضادان وحكمان متنافيان ولا يجوز أن يثبت علمان متضادان فى عين واحدة فان كانت العلة فى ثبوت العهدة جواز اخباره فيجب نفى البراءة لان الاخبار مناف لها ويبطل حكمها والجواب ان الأمرين متباينان من الرقيق الكتمان والاخبار وهذا شاهد لا يمكن نفيه ولا انكاره فلما أمكن اخباره أثبتنا فيه العهدة بمجرد العقد كما أثبتنا للمبتاع خيار الرد بالعيب فيما يمكن أن يعلمه البائع من العيوب وانما تثبت البراءة لمن اشترطها ان لم يخبره بعيب ولا اطلع عليه فيه وكان

ماأخبر به ممكنامنه ومباينافيه وصدقه فى ذلك المبتاع و رضى بامانته فاثبتناله مااشترط بصحة سببه فان قامت البينة بانه قدعلم وتيقنا كذبه أبطلنا براءته وان لم تقم به بينة كان الظاهر فى تصديق المشترى ظاهرا فى صدقه واستبرأنا أمره بيمينه انه لم يعلم ذلك باخبار البائع ولاغيره والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الحيوان الصامت فالذى عليه أكثر أصحابنا انه لاتصح فيه البراءة رواه ابن القاسم وغيره عن مالك وقال محمد وقع لمالك فى كتبه من باع عبدا أو وليدة أوحيوانا بالبراءة فقد برئ وبه قال ابن كنانة والشافعى وجه الرواية الثانية مااستدل به الشافعى من ان الحيوان يفارق سواه لانه لايستوى فى الصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يخلو من عيب (فرع) فاذاقلنا برواية ابن القاسم ووقع البيع بالبراءة فى الحيوان فهل يفسخ البيع أو يثبت ويبطل الشرط الذى تقتضيه رواية ابن القاسم عن مالك ان البيع صحيح والشرط باطل لانه قال له الرد ولاتنفعه البراءة وقال أشهب ان وقع فى الحيوان لم أفسخه وان وقع فى العروض فسخته الا أن يطول ذلك ويتباعد فلا أفسخه قال محمد زاد ابن حبيب قال لاأفسخه لماوقع فى كتاب مالك من باع وليدة أوحيوانا بالبراءة فقد برئ ووجه هذا ماأشار اليه محمد من ان الشرط لما كان مختلفا فى جوازه لم يبطل العقد عن من لايجيزه ولكن يبطل الشرط فى نفسه ويثبت العقد عاريا منه (مسئلة) وأما العروض فروى ابن حبيب ان مالكا أثبت البراءة فى الحيوان والعروض وبه قال ابن وهب ورواه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة وهو قول أبى حنيفة ووجه هذه الرواية ان هذا بيع فجاز أن تثبت فيه البراءة مما لايعلمه البائع كالرقيق.

(الباب الثالث فمين يجوز له البراءة من البائعين)

فى هذا الباب فصلان أحدهما فى تبيين من بيعه بيع البراءة والثانى فى تبيين من يثبت فى بيعه اشتراط البراءة

(فصل) فاما الفصل الاول فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما ان بيع السلطان وبيع المواريث بيع براءة والثانية ان بيع السلطان خاصة على البراءة قال ابن القاسم لم يختلف قوله فى بيع السلطان فوجه القول الاول ان بيع المواريث بيع على الميت لايستطيع رده لقضاء دينه ووصيته فأشبه بيع السلطان ووجه القول الثانى ان بيع السلطان حكم ولذلك اذا باع فى حياة من يباع عليه نفذ بيعه وكان على البراءة والوصى ولو باع فى حياة من باع عليه لم يكن على البراءة فاذا باع بعد موته لم يكن على البراءة (مسئلة) وبيع السلطان هو ماتولى بيعه على مفلس أومن مغنم أو باعه من تركة ميت لقضاء دين أوتنفيذ وصية امامباعه الورثة لدعاء بعضهم أو جميعهم الى البيع فليس من هذا فى شئ وهؤلاء كجماعة اشتركوا فى رقيق وكذلك بيع الولى على اليتيم لحاجة الانفاق فهو كبيع الأب على ابنه

(فصل) فاما الفصل الثانى وهو فى ثبوت البراءة لمن اشترطها فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما أنها تثبت بالشرط والثانية انها لاتثبت بالشرط وانما تثبت لمن كانت مقتضى بيعه دون شرطه والرواية الاولى هى رواية الموطأ فى قوله ومن باع عبدا أو وليدة من أهل الميراث أوغيرهم بالبراءة فقد برئ وجه ذلك ماروى من قضاء عثمان بن عفان رضى الله عنه فى بيع البراءة باليمين انه ماعلم به عيبا ومن جهة المعنى ماقدمناه من كتمان الرقيق لعيوبه وان البائع لايعلم به فيستوى فيه علم البائع والمبتاع ولماصح هذا منه وصح أن يعلم لم يجز هذا الا بالشرط لما فيه من ادعاء الجهل بعيبه ودخول

المشترى على تصديقه ووجه الرواية الثانية ان مالا يثبت فيه حكم البراءة بنفس العقد لا يثبت فيه بالشرط كسائر العيوب التى يعلمها البائع ويشترط البراءة منها ولا يسميها (فرع) فان قلنا بالرواية الاولى فيجب أن يكون بيع البراءة ثابتا فى الرقيق خاصة لما ينفرد به من كتمان عيوبه وان قلنا بالرواية الثانية فيجب أن تكون البراءة فى كل بيع على ما اختاره ابن حبيب ورواه مطرف وابن الماجشون (فرع) ان قلنا ان البراءة لا تثبت الا فى بيع السلطان أو بيع السلطان والمواريث فان باع السلطان أو باع أحد بأمره ولم يذكر انه بيع مغنم ولا بيع على مفلس ولا بيع مواريث فهل يكون على البراءة روى ابن حبيب عن أصبغ ان ذلك على البراءة وروى ابن المواز عن مالك هو على البراءة الا أن لا يعلم المشترى انه بيع ميراث أو سلطان وجه قول أصبغ أن بيع السلطان وبيع من يتولى أمره أمر مشهور ولا بد فيه من بينة أو مشاهدة وجمع فيحمل على حكمه ولا يقبل قول من يدعى الجهل به ووجه قول مالك ان الناس اذا كان فيهم من لا يحمل بيعه على البراءة ولم يعلم المبتاع أن البائع ممن يقتضى بيعه البراءة كان له الخيار فى الرد أو الامساك وذلك كعيب اطلع عليه وأما بيع الوصى أو الورثة المواريث اذا قلنا انه على البراءة فانما لا يحمل ذلك الا أن يعلم المبتاع انه بيع براءة (فرق) والفرق بين بيع الوصى وبيع السلطان على قول أصبغ أن بيع السلطان مشهور لا يكاد يخفى وأما الوصى فبيعه لا يتميز من بيع غيره من الناس فيحتاج الى أن يبين فاذا تبين أنه بيع ميراث روى ابن القاسم فى المدونة أن ذلك لازم مع قوله ان البراءة لا تكون فى بيع الرجل فى خاصة نفسه ووجه ذلك أن البراءة لما التزمت وصادفت محلها لزمت العقد وان لم يعلم العاقد بمحل ثبوتها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان البراءة الثابتة فى ذلك على وجهين أحدهما أن تثبت لمعنى فى البائع والثانى ان تثبت بالشرط على رواية تجويز ذلك فأما ما تثبت لمعنى فى البائع فان ذلك لعدم علمه بعيوب المبيع وتفويت الثمن بدفعه الى مستحقه كبيع السلطان والمواريث ففى هذا ان اطلع المبتاع على عيب قبل تفويت الثمن أقيل منه ورد عليه الثمن لأن البراءة فيه لمعنيين الجهل بالعيوب وفوات الثمن والثمن قائم بعد لم يفت وأما ان قام بالعيب بعد تفويت الثمن فقد لزمه على البراءة ولا قيام له (مسئلة) وأما ما يثبت باشتراط البائع البراءة فانه لا قيام له بما لم يعلمه البائع فات الثمن أو لم يفت لأنه أمر لزمه بشرط صحيح لازم انعقد البيع به فوجب أن يلزم بنفس انعقاد البيع كسائر الشروط الصحيحة

(الباب الرابع فى تبيين ما تصح البراءة منه من العيوب)

وذلك على ضربين براءة خاصة وبراءة عامة فأما الخاصة فعلى ثلاثة أضرب أحدها متفق على فساده والثانى مختلف فيه والثالث متفق على جوازه فأما المتفق على فساده فهو اذا أقر السيد بوطء الامة وتبرأ من حملها ظاهرا كان أو غير ظاهر فلا خلاف أن البراءة ههنا غير عاملة لأنه لا يبرأ من حمل يلزمه باجماع (فرع) وهل يفسد ذلك العقد أم لا الصحيح من المذهب أنه يفسد العقد وروى ابن حبيب عن مالك فيمن تبرأ من حمل جارية وهو مقر بوطئها أن ذلك لا يبطل العقد وأنكر الشيخ أبو محمد هذه الرواية وجه قول الجماعة انه نقل ضمانا متفقا على محله فوجب أن يفسد العقد على ما قدمناه (مسئلة) وأما المختلف فى جوازه فهو بيع الامة الرائعة بالبراءة من حملها الذى لم يظهر مع انكار وطئها فقد قال مالك انه غير جائز وأجازه الشافعى ويتخرج ذلك على قول ابن حبيب. وجه ما ذهب اليه مالك ما احتج به من كثرة العود لكثرة ما ينقص الحمل من قيمتها فيتفاوت الغرر

بتفاوت قيمتها ان سلمت من الحمل أو نقصها ان كانت حاملا وأما غير الرائعة فلا بأس بذلك وهذا في السرية وأما ذات الزوج فقد قال عبد الملك لا ترد لحمل يظهر بها وان كان لأقل من ستة أشهر من يوم ابتاعها المبتاع وكذلك المشهورة بالزنى حكى ابن عبدوس ذلك فعلى هذا يجوز التبري فيهما بحمل غير ظاهر لأنه لا يذهب منهما الكثير من الثمن والله أعلم (فرع) فاذا قلنا ان البراءة من حمل غير ظاهر تمنع صحة العقد فان وقع العقد فلا يخلو أن يتبرأ من الحمل مع اقراره بوطئها أو مع نفيه لذلك فان أقر به فلا خلاف بين أصحابنا في أن المبتاع لا يضمنها الا بعد ان تمضي مدة استبرائها فان نفى وطأها فالذي قاله ابن القاسم في المدونة يضمنها المشتري بقبضها وخالفه ابن المواز فقال لا يضمن الا بعد مدة استبرائها وجه ما قاله ابن القاسم أن البيع الفاسد قد يسقط ما شرط فيه ورجع الى مقتضاه ومقتضى البيع الفاسد أن المبتاع يضمن المبيع بالقبض ووجه ما قاله ابن المواز ان كل عقد انما يرد فاسده الى مقتضى صحيحه ومقتضى صحيح هذا العقد أن لا يضمن بالقبض فكذلك فاسده كمن شرط النقد في مدة الخيار فانه لا يضمن المبيع في مدة الخيار (مسئلة) وأما بيع الرائعة الظاهرة الحمل فعلى ضربين أحدهما أن يتبرأ منه البائع فذلك جائز لأنه تبرأ من أمر ظاهر يطلع عليه المشتري فينتفي بذلك الغرر والضرب الثاني أن يشترطه المبتاع فان ذلك لا يجوز في حمل ظاهر ولا غير ظاهر في وخش ولا غيره عند ابن القاسم وشراء الشاة أو البقرة على انها حامل قال ابن القاسم لا يجوز ورواه عن مالك وروى ابن المواز عن مالك لا خير في بيع الرمكة بانها عقوق وكذلك الغنم والابل الا أن يقول هي عقوق ولا يشترط ذلك وجوزه أشهب وروى عبد الرحمن ابن دينار عن أبي حازم وابن كنانة انه جائز وجه ما روى ابن القاسم عن مالك ما احتج به من انه من باع الرمكة أو الشاة على انها حامل فقد أخذ للجنين ثمنا وذلك لا يجوز ووجه ما قاله الباقون أن هذا من الامور المظنونة وان زادت في ثمن المبيع وذلك جائز كالثمرة التي لم تؤبر (فرع) فان قلنا برواية ابن القاسم فانه ان وقع البيع بذلك رد الا أن يفوت بنماء أو نقصان أو حوالة وان قلنا برواية الجواز فانه ان اطلع بعد وقت على انها غير حامل فقد قال ابن أبي حازم وابن كنانة انه ان كان باعها وهو يرى انه كما قال مضى البيع وان كان قد عرف أنها ليست بعقوق فان كان ينزي عليها الفحل أو غير ذلك ردت عليه وفي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن أشهب ان باعها على انها حامل فلم يجدها حاملا فليردها وأما الجواري فان كانت من المرتفعات فهو من المشتري ولا شئ له وان كانت وخشا يزيدفيها الحمل فله ردها

(فصل) وأما ما لا يفسد البيع التبري به من العيوب في الجملة فانه على ضربين ضرب لا يختلف وضرب يختلف فأما ما يختلف كالعور من ذهاب العين وقطع اليد من الكوع فانه يبرأ منه بتسميته وأما ما لا يختلف كالاباق والسرقة والدبرة فانه لا يبرأ منها بالتسمية المجملة حتى يبين المقدار أو يريه المبتاع ان كان شاهدا لأن التسمية تقع من ذلك على القليل والكثير ولو علم المبتاع بالكثير منه لما رضيه (فرع) فان انعقد البيع على هذا فهل يفسد العقد أو يثبت روى ابن القاسم عن مالك ان العقد ثابت وللمبتاع الرد بالعيب ان اطلع منه على الفاحش وقال أشهب يفسخ البيع وجه قول ابن القاسم انه دخل على السلامة الا مما يقتضيه اطلاق اللفظ وهو المعتاد منه فاذا اطلع على الفاحش المتفاوت كان له الرد به كما أن اطلاق العقد يقتضي السلامة وان لم ينص عليها فان اطلع بعد على عيب كان له الرد ولم يمنع ذلك صحة العقد وبان لا يمنع منه ما قلناه أولى ووجه قول أشهب

انه لما كان اطلاق لفظ الاباق والسرقة وما أشبهها يتفاوت ما يتناوله ولم يختص اللفظ بالقليل منه دون الكثير عقد البيع على الغرر فوجب أن يفسد كالتبرى من حمل غير ظاهر فى المرتفعة وقد روى عن أشهب فى الاباق وداء الفرج مثل قول ابن القاسم والله أعلم (مسئلة) وان تبرأ اليه بعيوب ليست به لم تنفعه البراءة وللمبتاع الرد بما اطلع عليه مما سمى له ولم يره اياه قاله ابن القاسم فى المدونة ورواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك انه قصد التلفيق واللغز بذكر ما ليس فى المبيع من العيوب والمبتاع لما ذكر له ما ليس فيه من العيوب اعتقد أن جميع ما ذكر له بتلك المثابة فكان بمنزلة أن يتبرأ من عيب (مسئلة) ولا تنفع البراءة من كل عيب علمه البائع وان سماه حتى يخبره انه بالمبيع رواه أشهب عن مالك قال مالك وكذلك لو أفرد له عيبا حتى يخبره انه به ووجه ذلك انه اذا كان تبرأ من عور ولم يره اياه ولم يخبره انه بالمبيع فان المبتاع لم يلتزمه وانه ظن ان ذلك تشدد فى البيع واستظهار فى التحرز فلم يقطع ذلك حقه من الرد بالعيب * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ووجه ذلك ان قول البائع ابتعتك هذا العبد وأتبرأ اليك من عيب كذا وليس به أو لا علم لى أو يقول له ان وجدت به عيب كذا فلا ارد ذلك به فان ذلك لا يكون براءة منه لان المبتاع لم يدخل على تحقق وجوده بالمبيع (مسئلة) وهذا اذا تبرأ بالعيب فى نفس العقد فان جاء متبرئا منه بعد العقد فان ذلك على ضربين أحدهما أن يكون من العيوب الظاهرة والثانى أن يكون من العيوب الخفية فان كان من الظاهرة لزم المبتاع الرضا بها أو الرد وان كانت مما يخفى لم يلزمه ذلك وكان له القيام به متى اطلع عليه بعد ذلك لان العقد قد انعقد على السلامة فلا يقبل تبرى البائع بعده بما لا يعلم صدقه لان ذلك محمول على الندم منه (مسئلة) فان أراد البائع أن يمكن من اقامة البينة بما ادعاه من العيب ليرضى به المبتاع أو يرد كان له ذلك دون أن يغيب عليه لانه يعلم بذلك صدقه فيما ادعاه كالعيوب الظاهرة (مسئلة) واذا وضع البائع دينارا من الثمن بعد البيع ليبرأ من عيوبه فقد قال ابن المواز عن مالك فى الدابة ان وجد بها عيبا كان له الرد وقال أصبغ كما لو باع بالبراءة قال ابن حبيب لا يجوز ذلك فى الدابة ويجوز فى الجارية لان بيعك على البراءة جائز والبراءة فيها ثابتة وهذا يشبه ما أشار اليه أصبغ واحتج ابن حبيب فى ذلك بأن الحاق هذا بالعقد بعد انعقاده يصح كمشترى مال العبد بعد الصفقة ومشتر كيلا من صبرة قد باعها جزافا على ما كان يجوز له أن يستثنيه منها حين البيع (مسئلة) ولو كان ذلك فى نفس العقد بأن يبيع منه بعشرة يضع منه دينارا لعيوبها وقال ابن حبيب من قول مالك فى الدابة والجارية انه ان وجد عيبا رد المبيع كمن نكح بعشرة على ان ترك له دينارا على أن لا يتزوج فالنكاح جائز ولا شئ عليه وهذا الذى رواه ابن حبيب مخالف لما قاله فى المسئلة قبل هذا ويجب على قوله فى تلك المسئلة أن يثبت له ذلك فى الجارية دون الدابة وقياسه على النكاح غير صحيح لان النكاح لو اشترط فيه ذلك بعد العقد لم يثبت الشرط ولم يلحق بالعقد

(فصل) وأما البراءة العامة فعلى ضربين أحدهما أن يشترط البراءة مما يعلم ومما لا يعلم جملة فهذا لا يجوز والثانى أن يشترط براءة عامة مما لا يعلم فهل يبرأ من كل ما لم يعلمه روى ابن القاسم عن مالك انه يبرأ من كل ما لم يعلمه قل أو كثر الا من الحمل فى الرائعة قال سحنون سواء كان العيب ظاهرا كالعور أو خفيا وبهذا قال جماعة أصحابنا فيما حكى ابن حبيب الا المغيرة فانه قال ما لم يجاوز الثلث فان جاوز الثلث لم تنفعه البراءة منه وجه ما ذهب اليه الجمهور ان هذه البراءة مما لم يعلم به

البائع ولا البيع معرض له فتثبت البراءة منه كما لو كان الثلث فأقل و وجه قول المغيرة ان هذا عيب يذهب معظم ثمن المبيع فوجب أن لا يتناوله اطلاق البراءة كالحمل في الرائعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان البراءة العامة عند جماعة أصحابنا لا شك تتناول الحمل سواء كان البائع سلطانا أو غيره قال ابن المواز و بيع الجارية الرائعة بالبراءة على الاطلاق جائز ولا يدخل الحمل في البراءة ولو شرط البراءة من الحمل فسد البيع وقال ابن حبيب في الجارية المسبية تقع في سهم الرجل أو يشتريها في المقاسم ان له أن يلتذ بها قبل الاستبراء بما دون الجماع لان بيع المقاسم بيع براءة فلو ظهر بها حمل لم يردها به وهذا يقتضي تناول البراءة العامة للحمل و وجه قول مالك رحمه الله ان البراءة العامة فيما يجوز اقراره بالبراءة دون ما لا يجوز اقراره كالا تتناول ما لا يعلمه البائع دون ما يعلمه

(فصل) ثم رجع الى تعيين باقي المسئلة وهو قوله فان علم عيبا فكتمه لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردودا يريد أن البراءة المطلقة لا تؤثر فيما علمه البائع من العيوب وانما تختص بما لا يعلمه منها فان وقع هذا وكان البائع بالبراءة هو السلطان وقد علم بالعيب فقد روى ابن المواز عن مالك للمبتاع رده وكذلك ان علم به من بيع عليه من مفلس قد بينا أن البراءة لا تثبت فيما علم من العيوب ولا تؤثر فيه و روى داود بن جعفر عن مالك اذا أشهد على الغريم انه دلس بالعيب فان المبتاع لا يرد بعيب وجد به اذا كان الثمن قد فرق على الغرماء (فرع) و بما يثبت تدليسه ان علم أن المفلس علم بالعيب كان للمبتاع الرد وأخذ الثمن من الغرماء لانه قد علم أن البراءة غير لازمة لما علم البائع أو من بيع عليه من العيب وان لم يثبت ذلك الا باقرار المبيع عليه فان المبتاع لا يرجع على الغرماء بما قبضوا من الثمن لان اقرار المبيع عليه لا يقبل عليهم في استرجاع ما بأيديهم وللمبتاع أن يمسكه بعينه أو يرده عليه و يتبعه بالثمن في ذمته لان اقراره مقبول في خاصة نفسه لانه لم يحجر عليه لحق نفسه وانما حجر عليه لحق الغرماء (فرع) فاذا قلنا له القيام بالعيب ففي المدونة عن ابن نافع وابن القاسم ومالك يرجع بقيمة العيب فيأخذه من الغرماء و يرجع به الغرماء على غريمهم وروى ابن المواز عن مالك ان للمبتاع رده وأخذ الثمن

﴿ العيب في الرقيق ﴾

﴿ العيب في الرقيق ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سالم بن عبد الله أن عبد الله ابن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه لي فاختصما الى عثمان بن عفان فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سالم بن عبد الله ان عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه لي فاختصما الى عثمان بن عفان بالبراءة فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم ﴾ ش قضاء عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر رضي الله عنه باليمين انه ما كتم عيبا علمه تجويزه لبيع الانسان عبده بالبراءة واعمال منه بالبراءة فيما لم يعلم البائع من العيوب دون ما علم وأبقى للمبتاع حكم الرد بالعيب فيما علم به البائع وكتمه وان كان عثمان بن عفان رضي الله عنه لا يشك في فضل عبد الله بن عمر وانه لا يرضى بكتمان عيبه والتدليس به الا أن الأحكام في الحقوق والمعاملات جارية على حد واحد في الصالح والطالح وانما يختلف حالهما في الأحكام التي تتعلق بالتهمة وظاهرها سالم ويحتمل أن يكون عبد الله بن عمر اعتقد ان البراءة المطلقة تبرئه فيما علم من العيوب وما لم يعلم فلم يسوغه ذلك عثمان رضي الله عنه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالبائع بالبراءة على ضربين أحدهما أن يبيع بالبراءة على الاطلاق

فهذا متى اطلع المبتاع على عيب فى المبيع وادّعى علم البائع لزمته اليمين ان علم بالعيب الذى اطلع عليه المبتاع لا خلاف فى هذا على المذهب وان لم يدع علم البائع به وسكت عن ذلك أو قال لا علم لى به علم أو لم يعلم فان الظاهر أيضا من المذهب لزوم اليمين للبائع للحكم ببراءته من ذلك العيب وهذا الظاهر من حديث عثمان لان المبتاع لم يدع العلم وانما قال به داء لم تسمه لى فأوجب عثمان بن عفان لذلك اليمين دون أن ينقل اليمين فى الحديث سؤاله هل يدعى العلم أم لا ويجىء على رواية عن ابن القاسم فى رد اليمين أن لا يمين للمبتاع على البائع الا بعد أن يدعى علمه بالعيب (مسئلة) روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم فى المدنية يحلف على علمه فى العيب الظاهر والباطن الا أن يستدل بأمر لا يشك فى كذبه فانه يردعليه بقول البينة وقال ابن نافع يحلف على علمه لانه لو شهد بأن العيب كان عند البائع لم يرد عليه حتى يشهد عليه بأنه علم به (مسئلة) ويحلف على ذلك من الورثة من يظن به علم ذلك من صغار الورثة ثم يكبر فى الظاهر والخفى رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ قال أصبغ وهو مذهب مالك وظاهر اللفظ يقتضى عندى انه كان صغيرا يعلم ذلك عند التبايع فلم يحكم فى الامر ولا وقع التنازع فيه حتى كبر والذى تقتضيه رواية ابن القاسم عن مالك فى الايمان التى تنعقد على العلم أنها لا تلزم الصغير ولا الغائب ولعله أراد بالصغير من لا يفهم الأمر عند وقوعه لصغره و بلغنى أن أبا عبدالله بن عوف كان يوجب الايمان عليهما و يقول لعله قد بلغهما ذلك بخبر من أخبرهما حتى يتيقنا كما يحلفان مع شاهدهما على ما وجب لموروثهما من الحقوق (مسئلة) فان نكل البائع عن اليمين ردّ ثمن المبيع على المبتاع ولم يلزم المبتاع يمين قاله مالك وجماعة أصحابه وروى يحيى عن ابن القاسم تلزمه اليمين ووجه قول مالك ان المبتاع لم يدع أمرا يردعليه فيه اليمين وانما قام بعيب موجود لم يبرأ اليه منه والذى يبرىء البائع من ذلك العيب اليمين المذكورة فاذا نكل عنها لم يكن له ردّها ووجه رواية يحيى أن اليمين فى الرد بالعيوب اذا ثبت لها محل فحكمها أن تنتقل الى محل آخر كسائر الايمان المعلقة بها (مسئلة) وهذا فيما تيقن من العيوب انه أقدم من زمن التبايع ورواه ابن حبيب عن مالك وابن القاسم وابن الماجشون ومطرف وروى يحيى عن ابن القاسم يحلف البائع على علمه كما يحلف فيما تيقن قدمه وجه الرواية الاولى أنه انما يستحلف على علمه فى حين التبايع فانه لا يصح أن يستحلف على تعلق علمه به ووجه الرواية الثانية ان نفى تعلق علمه بالعيب هو المقصود من يمينه فان كان موجودا حين التبايع فهو اليمين المتفق على اثباتها وان كان حدث بعد ذلك فغير مؤثر فى يمينه انه لم يعلم به

(فصل) وأما الضرب الثانى من البيع بالبراءة فان يشترط أن لا يمين عليه فهذا روى أشهب عن مالك انه لا يمين عليه ان وجد المبتاع عيبا وهذا عندى مبنى على جواز اشتراط التصديق فى القضاء وغيره فمن جوز اشتراط التصديق دون يمين قضى ههنا بان لا يمين على البائع ومن لم يجوز اشتراط التصديق فاليمين لازمة له على كل حال

(فصل) وقوله فأبى عبدالله أن يحلف وارتجع العبد لم يكن اباؤه عن اليمين لانه رضى الله عنه كان دلس بعيبه وعلمه وفهمه يقتضى معرفته بأن لا اثم فى يمين بارة ولكنه لا يخلو من أحد أمرين اما أنه اعتقد أن البيع بالبراءة يبرئه مما علم ومالم يعلم والثانى التصاون عن اقتطاع الحقوق بالايمان وهكذا يجب أن يكون حكم ذوى الانساب والاقدار ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان كل من ابتاع وليدة فحملت أو عبدا فأعتقه وكل أمر دخله الفوت حتى لا يستطاع ردّه فقامت البينة انه قد

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن كل من ابتاع وليدة فحملت أو عبدا فأعتقه وكل أمر دخله الفوت حتى لا يستطاع رده فقالت البينة انه قد

كان به عيب عند الذى باعه أو علم ذلك باعتراف من البائع أو غيره فان العبد أو الوليدة يقوم و به العيب الذى كان به يوم اشتراه فيرد من الثمن قدر ما بين قيمته صحيحا وقيمته و به ذلك العيب * ش وهذا كما قال ان هذا مما أجمع عليه علماء المدينة و جميع علماء الأمصار ان من ابتاع شيأ فاطلع على عيب يمكن التدليس به فان له الرجوع بقيمة العيب على تفسير يأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى وذلك ان العيوب على ضربين ضرب يمكن البائع معرفته والثانى لا يمكن معرفته فأما ما يمكن البائع معرفته فانه يحكم على البائع فيه بحكم تدليسه به فى الرد بالعيب ولا يفسد تدليسه به العيب خلافا لمن قال بذلك والدليل على ذلك حديث المصراة الذى يأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى من الاصل وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها امسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر فاثبت له امساكها ان رضيها وهذا يدل على صحة العقد ولو كان العقد فاسدا لم يكن له امساكها ومن جهة المعنى ان نقص المبيع عما عقد عليه لا يوجب فساد العقد كما لو اشترى رزمة على ان فيها عشرة أثواب فالفاها تسعة أو اشترى صبرة على ان فيها عشرة أرادب فألفاها تسعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المبتاع اذا اطلع على عيب لا يخلو من ثلاثة أحوال أحدها أن يكون المبيع بحسبه لم تدخله زيادة ولا نقصان والثانى أن يدخله ذلك ولم تفت عينه والثالث أن تفوت عينه فأما الحال الأولى فالمبتاع بالخيار بين أن يرد المبيع و يرجع بجميع الثمن أو يمسكه معيبا ولا شئ له من الثمن والاصل فى ذلك حديث المصراة وهو قوله صلى الله عليه وسلم بخير النظرين ان رضيها امسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر (مسئلة) واذا ابتاع رجلان عبدا فى صفقة واحدة فاطلعا على عيب ثبت لهما خيار الرد بالعيب فان أراد أحدهما الرد وأبى منه الثانى فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما له ذلك وهى رواية ابن القاسم و بها قال الشافعى وروى عنه أشهب ليس له ذلك و به قال أبو حنيفة والكلام فى هذه المسئلة يشتمل على ثلاثة فصول أحدها أن بيع الواحد من اثنين بمنزلة عقدين على رواية ابن القاسم و بمنزلة عقد واحد على رواية أشهب والفصل الثانى ان البائع اذا أوجب لهما فان لاحدهما القبول دون الثانى على رواية ابن القاسم وليس له ذلك على رواية أشهب والفصل الثالث تعيين المسئلة فوجه رواية ابن القاسم ان هذا عقد فى أحد طرفيه عاقدان فكان بمنزلة العقدين أصله اذا باع اثنان من واحد ووجه الرواية الثانية ان البيع انما وجب فى جميع العقد فلا يجوز لمن ابتاع منه أن يقبل بعضه كما لو اوجب فيه لواحد لم يكن له أن يقبل بعضه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فلا تفريع فيه واذا قلنا برواية أشهب فان أراد أحدهما الرد وأراد الآخر الامساك فان رضى البائع بذلك فلا مرية ان لمن لم يرد الرد التمسك بحقه ويكون البائع شريكه فيما رده عليه المشترى الآخر وليس للتمسك أن يأخذ نصيب الراد لان الراد ملكه فلما رده على البائع انتقض البيع فيه فيرجع على ملك البائع وليس للتمسك طريق الى ملكه فلا حجة له فيه وان أبى البائع من تبعيض صفقته فقال أشهب القياس فى مسئلة ورثة المشترى الخيار بين أن يردا جميعا أو يمسكا جميعا واستحسن لمن أراد التمسك وأراد أن يأخذ نصيب الراد أن يكون ذلك له وقال ابن المواز لا كلام للبائع اذا لم يرد أخذ نصيب الراد دون التمسك وللتمسك أخذ نصيب الراد وحكى القاضى أبو محمد عن المذهب انه اذا أبى أحد المتبايعين من الرد مع صاحبه لم يكن لصاحبه الرد وكان له الرجوع بقيمة العيب وهذا يجب أن يكون الصحيح من المذهب اذا رد أحد المتبايعين أن يقال للبائع اما أن تجيز له رد نصيبه واما أن ترد عليه ما يصيبه من قيمة العيب مثل ما حكى ابن القاسم عن مالك فى الذى يشترى عبدا فيبيع

كان به عيب عند الذى باعه أو علم ذلك باعتراف من البائع أو غيره فان العبد أو الوليدة يقوم و به العيب الذى كان به يوم اشتراه فيرد من الثمن قدر ما بين قيمته صحيحا وقيمته و به ذلك العيب

نصفه ثم يطلع على عيب فير يد الرد فانه يقال للبائع اما أن تجيز رد النصف الباقي بيده أو ترد عليه نصف قيمة العيب وهذا مقتضى القياس على قول أشهب ويحتمل عندي أن يكون هذا معنى قوله اما أن يردا جميعا أو يمسكا جميعا ولم يبين حكم ذلك القياس اذا رد أحدهما وأمسك الثاني وقال ابن وهب ان أراد أحدهما الرد وأباه الثاني تقاوماه لان البائع لا يقبله الا كله وفي هذا الضرب من العيوب أربعة أبواب * الباب الأول في بيان العقود التي يثبت فيها الرد بالعيب * والباب الثاني في بيان العيوب التي يجب بها الرد وتمييزها من غيرها * والباب الثالث في بيان ما يحدث بالمبيع مما يثبت للمبتاع به الخيار في الرد بالعيب والتمسك بالمبيع أو الرجوع بقيمة العيب * والباب الرابع في بيان المعاني التي يفوت بها الرد بالعيب جملة

(الباب الأول في بيان العقود التي يثبت فيها الرد بالعيب)

العقود على ثلاثة أضرب عقد مختص بالعوض كالبيع والنكاح فهذه يثبت فيها حكم الرد بالعيب والضرب الثاني عقد مختص بالمكارمة ونفي العوض كالهبة لغير الثواب والصدقة فهذا لا يثبت فيه حكم الرد بالعيب والضرب الثالث عقود ظاهرها المكارمة ولها تعلق بالمعاوضة كالهبة للثواب فهذه حكى القاضي أبو اسحاق عن عبد الملك ان الموهوب له لا يرد بعيب وعن المغيرة مثل ذلك ولا في العيب المفسد ووجه ذلك ان هذه عقود جرت العادة بأن يكون العوض فيها أكثر من قيمة الموهوب وهذا ينافي الرد بالعيب لمدة لان مقتضى ذلك المسامحة والمكايسة

(الباب الثاني في بيان العيوب التي يجب بها الرد وتمييزها من غيرها)

العيوب التي يثبت بها الخيار في الرد بالعيب مجملة وذلك ان خيار الرد بالعيب على ضربين أحدهما أن يثبت بغير شرط والثاني لا يثبت الا بشرط فأما ما يثبت بغير شرط فهو لكل عيب في المبيع ينقص ثمنه وهو على قسمين قسم هو نقص في عين المبيع والقسم الثاني نقص في غير عينه لكنه ينقص ثمنه فأما ما هو نقص في عينه كالعور والعمى وقطع يد أو رجل أو أصبع ووجود الظفرة في العين أو البياض والصمم والخرس والبكم الا في الصغير الذي لا يتبين أمره والعسر في العبد ما لا يعمل بيمناه والبخر في الفم في الذكر والانثى (مسئلة) وأما الأضرس فان نقص الضرس الواحد عيب في الرائعة حيث كان وليس بعيب في غير الرائعة الا أن يكون في مقدم الفم أو ينقص ضرسان حيث كانا فانه عيب في الذكر والانثى ووجه ذلك ان الضرس الواحد لا يؤثر كبير نقص من جهة الخلقة الا أنه ينقص من ثمن الرائعة لانه يتقى منه تغير الرائحة حيث كان في أكثر الاوقات واذا كان في مقدم الفم فانه يقبح منظره فاستوى في ذلك الرائعة وغيرها والضرسان مؤثران ومانعان من قوة الأكل وعجلته لاسيما فيما يحتاج الى شدة مضغ وهذه المعاني والاسباب انما تعتبر بنقص الثمن فما ينقص هو عيب الرد وما لا ينقص الثمن فلا حكم فيه للرد (مسئلة) وأما الشيب ففي كتاب ابن المواز ترد به الرائعة ولا ترد به غيرها قال ابن المواز وهذا في الشابة وقال ابن حبيب عن مالك لا ترد الرائعة الا بكثيره ويحتمل أن يكون الروايتان قولا واحدا لان اليسير من الشيب ليس بعيب لانه كثير شائع كالخال يكون والشعرة والشعرتان تبدو مما لا يسمج ولا يرى الا مع فرط التأمل والتفتيش وأما الكثير فانه مؤثر في الجمال فاختص بالرائعة دون غيرها (مسئلة) وأما الاستحاضة فعيب في على الرفيق ووخشه وقال ابن حبيب ان كانت الاستحاضة تعتريها المرة بعد المرة فعلى البائع أن يبين والا فهو عيب ترد به ووجه الفرق بينهما أن دم الاستحاضة مما يكره وتلحق المشقة في التوقي منه وليس

فى ارتفاع الحيض شئ من ذلك والذى يقتضيه مذهب المدونة ان ذلك سواء (فرع) فان استحيضت الأمة لم يكن ذلك عيبا ترد به حتى يثبت انه كان عند البائع وانه ان لم يظهر الا فى الدم الذى وقع به الاستبراء فقد قال ابن المواز لا ترد به لان بالحيض قد لزمت المبتاع فما حدث بعد ذلك من استحاضة أو غيرها لازمه وهذه الاستحاضة التى تكون عيبا قال ابن المواز عن مالك شهران وهذا فى الجملة على قدر ما ينقص ثمنها (مسئلة) وأما ارتفاع الحيض فالمشهور من ذلك انه اذا أتى من ذلك ما فيه على المبتاع ضرر فانه يرد به ولا خلاف فى ذلك فى المذهب الا ما قاله ابن حبيب قبل هذا ان ارتفاع الحيض المرة بعد المرة لا يلزم البائع التبرى منه وليس للمبتاع الرد به ويحتمل أن يكون ما ذهب اليه ابن القاسم فى المدونة فى تأخره فى مدة الاستبراء حتى يلحق به الضرر وما قاله ابن حبيب فى التى لم يأت منه فى مدة الاستبراء ما خالف المعهود وانما اطلع على أنه قد كان يتأخر عنها المرة بعد المرة والله أعلم وأحكم (مسئلة) والحمل عيب فى المرتفعة ولا خلاف فى ذلك وأما الوخش فروى ابن القاسم عن مالك انه عيب وقال ابن كنانة ليس بعيب فيهن ورواه أشهب عن مالك وجه القول الأول انه عيب ينقص من الثمن فثبت به حكم الرد بالعيب كسائر العيوب ووجه القول الثانى انه عيب لا يؤثر فى الوخش وقد قال مالك فى الحمل فى الوخش لا يؤثر كبير تأثير وربما لم يكن نقصا فيهن ولذلك يجوز بيعهن بالبراءة من الحمل وأصل المسئلة تدور على هذا فان نقص من الثمن رد به والا فلا ووجه آخر وهو أنه لو ابتاعها فى جملة رقيق لم يردها بعيب الحمل رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية (فرع) فاذا قلنا انه يرد بالحمل فكيف يكون وجه الرد به فى المبسوط ان ظهر بها حمل وجاء لستة أشهر من يوم قبضها المشترى لم يرد البيع وان ولدته قبل ستة أشهر كان له الرد وجه ذلك أنها اذا ولدت لستة أشهر من يوم البيع جاز أن يكون حدث عند المبتاع فصار له حكم ما يقدم ويحدث من العيوب فان ولدته لاقل من ستة أشهر على انه عيب قديم أقدم من أمد التبايع يثبت الرد به

(فصل) وأما الزعر فانه عيب يرد به قال ابن المواز وان كان فى غير العانة واختلف أصحابنا فى تعليل ذلك فقال سحنون لانه يذهب بلذة الوطء وهذا يقتضى اختصاصه بالفرج وقال ابن حبيب لا تتقى عاقبته من الداء السوء يعنى الجذام (مسئلة) وان كان فى آباء الرقيق المبيع مجذوم أو مجذومة فهو عيب يرد به وخشا كان أو رائعا رواه ابن حبيب عن مالك وذلك انه يتقى سرايته الى الولد وأما ان كان أحد أجداد الأمة أسود فقد روى أشهب لا رد له وان كانت ذات عيب وفى الواضحة عن مالك انه عيب فى الرائعة قال لما يتقى أن يخرج ولده منها أسود (مسئلة) وأما عيوب الدواب الذى يزهد فيها وينقص من أثمانها فان كان خلقة كالعور والجرد أو حادثا كالرمص والدبر وما كان مثل ذلك من العيوب فانه يرد به وكذلك سائر المبيعات غير الرباع فان ما وجد فيها من عيب ينقص ثمنها فانه يثبت به خيار الرد بالعيب (مسئلة) وأما الدار فان وجد بها صدعا قال ابن القاسم أما ما يخاف منه سقوط الدار فيرد به والا فلا قال الشيخ أبو محمد العيوب فى الرباع ثلاثة أضرب أحدها أن تستغرق معظم الثمن فهذا يرد به ويرجع بالثمن والثانى أن لا ينقص من الثمن فهذا لا يرد به ولا يرجع بقيمة العيب فيه والضرب الثالث أن ينقص من الثمن ولا ينقص معظمه فهذا يرجع بقيمة العيب ولا ترد به الدار ورأيت لبعض أصحابنا الأندلسيين أنه ترد به واختلف القائلون بقول أبى محمد فى تعليل ذلك فقال أبو محمد ان الدار تخالف سائر المبيعات بدليل أنه اذا استحق منها اليسير لزم الباقى بالثمن ولو استحق من العبد اليسير لم يلزم الباقى بالثمن ووجه ثان انه لو أطلق أحد العقد فيها واستحق

أحدجدرانها الأربع لم يرجع المبتاع فى شئ من الثمن وقال غيره العلة فى ذلك انها لاتتخذ غالبا الا للقنية فليس المقصود منها الاثمان ووجه قول من ساوى بينهما ان هذا بيع وجد به عيب ينقص الثمن فيثبت فيه خيار الرد بالعيب مالم يفت كالحيوان

(فصل) وأما ماينقص ثمن المبيع ولاينقص جسده كالاباق والسرقة وشرب الخمر أوالحد فيه فى الرقيق والزنى فى الأمة والحران فى الفرس أوالنفار المفرط فى الدواب أوقلة الأكل المفرط فيها فان ذلك عيب يرد به المبيع فأما الزنى فى العبد فعند مالك انه عيب يرد به وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يرد به والدليل على مانقوله انه زنى وجد فى مملوك فكان لمن ابتاعه أن يرده كما لو كان جارية (مسئلة) وأما البول فى الفراش فى حال الكبر فعيب يرد به العبد والأمة رائعين كانا أوغير رائعين وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يرد به العبد وترد به الأمة والدليل على ذلك ماتقدم ذكره (فرع) ولاترد بالبول فى الفراش الابيينة تشهد أنها كانت تبول عند البائع ولايحلف البائع على نفى ذلك الابشبهة مثل أن توضع على يد امرأة ورجل له امرأة تنظر اليها فتخبر بذلك المرأة أوالرجل فيجب اليمين على البائع وان أبى المبتاع بمن تنظر الى مرقدها بالغدوات مبلولا فلابد من رجلين لان هذا من معنى الشهادة ثم يحلف البائع قال ذلك كله ابن حبيب (مسئلة) التأنيث فى العبد والترجل فى الأمة عيب قال ابن حبيب عن مالك معنى ذلك أن يكون العبد متخنثا أو تكون الأمة مترجلة كشرارالنساء فأما رصيع كلام الرجل وتذكير كلام المرأة فلا يردان به وفى المدونة يرد العبد ان كان مؤنثا والأمة ان كانت مذكرة واشتهرا بذلك قال الشيخ أبو محمد فى قول ابن حبيب هذا خلاف مافى المدونة وقال بعض الصقليين ليس ذلك بخلاف له (مسئلة) والدين على الأمة والعبد عيب وكذلك الزوج للامة وقال الشافعى لا يرد به ودليلنا ان هذا معنى يمنع الاستمتاع بالأمة فيثبت به خيار الرد بالعيب كداء الفرج والزوجة فى العبد عيب لان هذا يبطل على سيده منه حكما مقصودا وهو أن يزوجه من أمته وكذلك الولد الصغير والكبير وكذلك الأب والأم لان كل واحد من هؤلاء يميل اليهم العبد والأمة ويصرف اليهم فضل كسبه وبعض قوته فيضر ذلك بغلته وقوته وأما الأخ والأخت وسائر الأقارب من الأعمام والعمات والأخوال والخالات فلا يثبت بهم رد بعيب لان أمرهم أبعد والضرر بهم أقل (مسئلة) وأما عثار الدابة ففى المدنية من رواية عبد الرحمن ابن دينار عن ابن كنانة ان علم ان ذلك كان عند بائعها بشهادة أواقرار ردت عليه وان لم يعلم ذلك وكان عثارها قريبا من بيعها حلف البائع انه ماعلم بذلك وان ظهر ذلك بها بعد زمان طويل ومدة يحدث العثار فى مثلها فلايمين عليه (فرع) وهذه العيوب كلها انما يرد بها اذا ثبت انها كانت فى ملك البائع فان لم يثبت ذلك ودعا المبتاع الى يمين البائع وان ذلك لم يكن عنده روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة فى مسئلة الاباق لايمين عليه ورواه أشهب عن مالك فى مسئلة الزنى والسرقة وروى ابن المواز عن ابن القاسم فى السرقة والزنا يحلف البائع على ذلك وجه نفى اليمين مااحتج به ابن القاسم من ان المبتاع اذا أبيح له ذلك استحلف البائع كل يوم مائة مرة ووجه اثبات اليمين انه عيب ثابت يشك فى قدمه وحدوثه فلزم البائع اليمين ليبرأ به منه كعيب وجده فى جسده والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما مايثبت بالشرط فهو على ثلاثة أضرب أحدها أن يشترط المبتاع نطقا والثانى أن يصيب البائع به المبيع والثالث أن يكون ذلك عادة المبيع وعرفه فأما ماشرطه نطقا فانه ان اشترط الأعلى من جهته اليمين فوجد خلافه كان له الرد وان اشترط الادون لم يكن له الرد الا أن يكون له

غرض يعرف وذلك مثل أن يكون عنده عبد نصرانى فيشترى أمة على انها نصرانية أو تكون عليه يمين أن لا يملك مسلمة وقال الشافعى له الرد بكل وجه وقال أبو حنيفة لا رد له فى شئ من ذلك ودليلنا على الشافعى انه صار اليه المبيع على شرط وزيادة فلم يكن له الرد بالعيب أصل ذلك اذا شرط انه أعور فاذا هو يبصر بعينيه ودليلنا على أبى حنيفة أن هذا خرج له المبيع على غير الملة التى شرط وله فى ذلك غرض صحيح فثبت له الخيار كما لو شرط انه مسلم فخرج كافرا (مسئلة) ومن اشترى عبدا على انه أعجمى فالفاه فصيحا أو على انه مجلوب فالفاه مولدا ففى الواضحة عن أصبغ له الرد بمزيادة كان أو وضيعة لان الناس فى المجلوب أرغب ومن هذا الباب ماروى على بن دينار عن ابن القاسم فى الرقيق يجلب من طرابلس فيدخل المصرى رأسا بينهما فيباع على ذلك قال أرى للمبتاع رده وكذلك الدواب والحير وكذلك قال مالك فيمن خلط سلعته بتركة ميت ولم يبين ان للمبتاع الرد

(فصل) وأما ما يصف به البائع المبيع أو يصف الرقيق به نفسه مثل أن يقول هى بكر أو هى طباخة ثم لم توجد على ذلك فانها ترد به ووجه ذلك ان المبتاع دخل على ما وصفت به فكان ذلك بمنزلة الشرط

(فصل) وأما ما كان له عرف وعادة فوجده على خلاف ذلك مثل أن يشترى ناقة يحمل على مثلها فلما جاء أن يحمل عليها لم تنهض فقد روى ابن المواز عن مالك له الرد ووجه ذلك ان المشترى لم يدخل فى هذا الا على العرف والعادة من مثلها فاذا كان مثلها يحمل ولم يكن عذر مانع من عجف أو مرض فقد خالفت المعهود من مثلها وكان ذلك بمنزلة أن ينقص عضو من أعضائها (مسئلة) ومن اشترى قلانس فوجد حشوها صوفا أو كانت من خرق بالية قال أشهب عن مالك لا ترد لانها فى الأغلب لا تصنع الا من ذلك زاد ابن المواز فان كان حشوها صوفا بالرفيعة ترد ولا ترد الدنية وأصل ذلك كله العرف والعادة ان ما جرت العادة فيه بامر فوجد أقل منه كان له الرد به وما وجد على ذلك فعليه دخل فلا رد به قال أصبغ فيمن اشترى قميصا فوجد سابقه أدنى رقعة من بدنه أو كميه وكذلك معقد السراويل ان كان متقاربا فلا الرد وان كان غير ذلك لم يرد

(باب)

وأما ما يحدث بالمبيع مما يثبت به الخيار للمبتاع فى الرد بالعيب أو الرجوع بقيمته فسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(باب)

وأما ما يفيت الرد بالعيب فعلى ثلاثة اضرب أحدها أن يفوت المبيع من ملك البائع والثانى أن يكون باقيا فى ملكه ولكن تغير تغيرا أحاله من جنسه والثالث أن يعقد فيه عقدا يمنع من رده فأما الضرب الأول فعلى قسمين أحدهما أن يخرج عن ملكه بغير عوض مثل أن يموت أو يعتقه أو يتصدق به فهذا كله قد فات الرد بالعيب لفوات العين وخروجها عن ملكه وله الرجوع بقيمة العيب لان البائع قد أخذ من مال المبتاع ما يقابل العيب من الثمن بغير ثمن فكان له الرجوع به (مسئلة) فان خرج عن ملكه قبل الرد بالعيب بعوض كالبيع أو الهبة للثواب فلا يخلو أن يبيعه من بائعه منه أو غيره فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا تراجع بينهما فى تدليس ولا غيره وان كان بأقل من الثمن رجع عليه ببقية الثمن الا بالأقل من البقية أو قيمة العيب وجه ذلك ما احتج به فى المدونة انه لو كان عنده لرد عليه ورجع بجميع ذلك وقدرته اليه فكان له استيفاء جميع الثمن وان كان باعه منه بأكثر من الثمن الأول فان كان مدلسا فلا رجوع للبائع الأول على الثانى وان لم يكن مدلسا رده

البائع الأول على الثاني ثم رده عليه الثاني فيكون التراجع بينهما في الثمن (مسئلة) فان خرج عن ملكه الى غير البائع منه فاختلف أصحابنا في ذلك فقال ابن القاسم ذلك فوت ولا رجوع له بقية العيب وبه قال الشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب واختاره القاضي أبو محمد وقال أشهب يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقية الثمن وحكوا ذلك عن مالك وجه ما قاله ابن القاسم ما احتج به أن المبتاع اذا باع وقد علم بالعيب فقد رضيه وان لم يعلم به فلم ينقصه من الثمن ومعنى ذلك انه انتقل الى ملك بعوض صار الى البائع عن جميعها ولذلك اذا رجع المبتاع عليه بقيمة العيب كان له الرجوع على البائع منه لانه لم يبق عنده ثمن جميع ما صار اليه بالابتياع وبهذا فارق العتق والهبة فانه لم يصل اليه عوض عن جميع ما ابتاع فكان له الرجوع بقدر الجزء الذي لم يصل اليه من المبيع ووجه القول الثاني ان البيع اخراج للمبيع عن الملك فكان فوتا لا يمنع الرجوع بقيمة العيب كالعتق والهبة ووجه القول الثالث ان الذي كان يثبت للمبتاع لو كان بيده الرد بالعيب والرجوع بجميع الثمن فما أخذ من ثمنه حين باعه عوض عن ذلك فان كان فيه نقص كان عليه جبره الا أن يكون أكثر من قيمة العيب فليس له الا قدر العيب (مسئلة) فان تغير وهو باق على ملكه تغيرا ينقله عن جنسه فهل يكون فوتا يمنعه الرد بالعيب أم لا عن مالك في ذلك روايتان قالهما في الصغير يكبر والكبير يهرم أحدهما انه فوت وليس له الا الرجوع بقيمة العيب على ما أحب البائع أو كره واختارها ابن القاسم في هرم الكبير والثانية ليس ذلك بفوت وله الرد وجه الرواية الاولى ان ما كان مخرجا للشئ عن جنسه حتى يجوز سلمه فيه فانه يفيت الرد بالعيب فيما لا مثال له لتصيير الثوب خرقا والجلود خفافا ووجه الرواية الثانية ان العين باقية في ملك المبتاع فلم يفت ردها بالعيب كما لو فقأ عينها أو قطع يدها (فرع) فاذا قلنا ان ذلك فوت فيجب أن يراعى في الصغير والكبير ما يراعى فيهما من جواز تسليم صغير الجنس في كبيره لانه مبني عليه وأما في الكبير يهرم فحكى الشيخ أبو بكر عن مالك ان ذلك اذا ضعف فذهبت قوته ومنفعته أو أكثرها قال القاضي أبو محمد اذا هرم هرما لا منفعة فيه انه فوت للرد بالعيب والصحيح عندي من ذلك انه اذا ضعف عن منفعته المقصودة ولم يمكنه الاتيان بها ان ذلك فوت للرد بالعيب ويرجع بقيمة العيب (فرع) فان قلنا بالرواية الثانية على ما اختاره الشيخ أبو محمد فانه يثبت له الخيار بين أن يمسك المبيع ويرجع بقيمة العيب وبين أن يرده فأما في الكبير يهرم فيرد معه ما نقصه الهرم لانه قد حدث عنده نقص غير مفيت وأما في الصغير يكبر فانه يرده ولا شئ له من الزيادة لا يشاركه بها في عينه ولا يأخذ قيمتها منه لانه نماء من جنس المبيع فلم يكن للمبتاع أن يشارك به البائع كالسمن (مسئلة) فاذا اعقد فيه عقد يمنع رده فانه على ضربين أحدهما لا يتعقبه الرجوع الى ملك البائع كالكتابة والاستيلاد والعتق الى أجل والتدبير فهذا له الرجوع بقيمة العيب لانه فوت على حسب ما تقدم والضرب الثاني يتعقبه الرجوع الى ملك البائع كالرهن والاجارة والاخدام فهذا اختلف أصحابنا فيه فروى سحنون عن ابن القاسم انه اذا رجع الى المبتاع رده على البائع وقال أشهب ان كان أمر ذلك يسيرا رده على البائع وان كان بعيدا رجع بقيمة العيب وروى نحوه أصبغ عن ابن القاسم وجه رواية سحنون ان هذه مدة يتعقبها رجوع العبد الى البائع فلم يمنع الرد بالعيب كاليسيرة ووجه الرواية الثانية ان هذا معنى منع المبتاع من رد المبيع بالعيب فكان فوتا في رده كالبيع (مسئلة) ولا يكون وطء الأمة فوتا في ثيب ولا بكر هذا المشهور من المذهب وروى عنه ابن حبيب انه فوت فيهما وبه قال أبو حنيفة ووجه

القول الاول ان هذا استمتاع فلم يمنع الرد بالعيب كالقبل والملامسة ووجه القول الثانى اجماع الصحابة عند القائل بذلك قال لان الصحابة بين قائلين قائل يقول يردها و يرد معها مهر المثل و به قال عمر بن الخطاب وقائل يقول لا يردها و يرجع بقيمة العيب و به قال على بن أبى طالب فمن أحدث قولا ثالثا وقال يردها دون مهر خالف اجماع الصحابة ومن جهة المعنى ان الوطء معنى لا يستباح بالبدل فوجب أن يمنع الرد بالعيب كقطع اليد (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فان البكر والثيب فى ذلك سواء وقال الشافعى ان وطء البكر يمنع الرد بالعيب دون الثيب والدليل على مانقوله ان هذا وطء فلم يمنع الرد بالعيب كوطء الثيب (مسئلة) اذا ثبت ماذكرناه فما وجد به العيب لا يخلو أن يكون مما له مثل أو مما لا مثل له فان كان مما لا مثل له فحدث به عند المبتاع معنى مفيت ثم اطلع على عيب عند البائع فقد قال ابن القاسم فى مسئلة الدينار يقطعه ثم يجد به عيبا يرد مثله و يرجع بثمنه وقاله سحنون فيمن اشترى شعيرا فبعد ان زرعه علم انه لا ينبت انه يرد مثله و يرجع بالثمن فجعله مثل مالا يفوت وقال ابن حبيب يرجع بقيمة العيب وجه قول ابن القاسم ان الفوات فى البيع الفاسد أثبت لانه لا يفوت بحوالة الأسواق ثم ثبت وتقرر ان ماله مثل لا يفوت فيه فبان لا يفوت فى الرد أولى وأحرى ووجه قول ابن حبيب ان البيع انما يتعلق بعين المبيع والبيع الاول صحيح واذا انقض البيع برد المبيع للعيب فانما ينقض الاول فاذا فات المبيع لم يصح نقض البيع بغيره

(فصل) ثم نرجع الى شرح المسئلة قوله وقامت البينة انه قد كان فيه عيب عند الذى باعه أو علم ذلك باعتراف أو غيره يريد ان قدم العيب يثبت ببينة شاهدته عند البائع معيبا وقوله أو غيره يحتمل أن يريد به شهادة أهل البصر والعلم بذلك انه عيب لا يحدث فى مثل هذه المدة ولا يخلو أن يكون العيب مما يطلع عليه الرجال أو مما لا يطلع عليه الرجال فان كان مما يطلع عليه الرجال فقد قال محمد وغيره لا يثبت الا بقول عدلين من أهل العلم بتلك السلعة وعيوبها (مسئلة) وهذا اذا كان مما يستوى الناس فى معرفته فان كان مما لا يعلمه الا أهل العلم به كالامراض والعلل التى تحدث بالناس مما لا يعرفها و يعرف أحوالها وقدر الغور فيها والاستضرار بها وتمييز ما جرت العادة بسرعة البرء منها و ما جرت العادة بتقرر ذلك أو غيره فيها مما ينفرد الاطباء بمعرفته فانه لا يقبل فيها الا أقوال أهل المعرفة بذلك فان كانوا من أهل العدل فهو أتم وان لم يوجد من يعرف ذلك من أهل العدل قبل فى ذلك قول غيرهم وان كانوا على غير الاسلام لان طريق هذا الخبر لما ينفرد دون بعلمه

(فصل) وان كان مما لا يطلع عليه الرجال كالعيوب تكون فى جسد المرأة أو أحد فرجيها فان كان فى جسدها فقد اختلف فيه فالظاهر من قول مالك ان ما تحت الثياب من العيوب يقبل فيه شهادة امرأتين وقال سحنون ما كان فى الجسد بقر عنه فنظر اليه الرجال وما كان فى أحد الفرجين شهد فيه النساء وجه القول الاول انه موضع منع الرجال من النظر اليه فجاز أن تقبل فيه شهادة النساء كالفرجين ووجه قول سحنون ان الجسد وان كان عورة فهى عورة مخففة فجاز أن ينظر اليها الرجال للضرورة كما ينظرون الى وجهها للضرورة ولما منع الرجال من النظر الى ما صح من جسدها بقر الثوب ليتوصل بذلك الى موضع الحاجة و يبقى الباقى على حكم المنع * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى انه ان أمكن ستر ما حواليه واظهار موضع العيب خاصة استغنى عن بقر الثوب وافساده (فرع) فاذا كان العيب الذى يشهد به النساء مما يستوى النساء فى تمييزه قبل فيه شهادة امرأتين من عدول النساء دون يمين لانها شهادة كاملة وان كانت من

العيوب التي ينفرد بمعرفتها وميزها أهل العلم شهدت امرأتان بصفتها وسئل أهل العلم بذلك عن حكمها فيثبت الحكم بقولهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ثبت العيب بشهادة من تقبل شهادته فلا يخلو أن يكون مما يحدث عند المبتاع لقدم أمر التبايع ونفيهم حدوث العيب فلا رجوع للمبتاع بشئ منه الا ما قدمناه في العهدة على ما تقدم من التأويل وان شكوا في ذلك فلا يخلو أن يكون من العيوب الظاهرة أو الخفية فان كان من الظاهرة فقد قال ابن القاسم يحلف البائع على البت ان هذا العيب لم يكن عنده ويحلف في العيب الخفي على علمه وقال ابن نافع في المدنية يحلف بالبت ولم يفرق بين ظاهر وخفي واحتج لذلك بان المشتري لو شهد له بانه كان عند البائع لكان له الرد به وان لم يعلم البائع به فيجب أن لا يبرئه أن يحلف على أن ما رد عليه مما لم يعلم به وهذا غير لازم لانه انما يرد عليه اذا ثبت انه كان عنده واذا لم يثبت ذلك ولم يحلف على البت في نفيه أنه غير عالم بقدمه ولا حدوثه لم يلزم ردّه عليه لانه ليس فيما تقدم ما يوجب الرد فلا يلزمه أن يحلف في نفسه على البت وقال أشهب لا يحلف في الظاهر والباطن الا على علمه ووجه قول أشهب ما احتج به من انه ان كان علم به فهو حانث وان كان لم يعلم به لم يلزمه في الرد حتى يثبت قدمه فلا يجب عليه أن يحلف الا على علمه (فرع) اذا قلنا بقول ابن القاسم في العيوب الظاهرة وسأل ابن حبيب سحنونا عن الحفر في الفم والأضراس الساقطة والعيب في الفرج وجرى الجوف على هذا من العيوب الظاهرة التي يحلف فيها على العلم قال سئل عن ذلك أهل الصنعة والمعرفة (مسئلة) فان نكل البائع عن اليمين وكان من العيوب الظاهرة أو الخفية فقد روى عيسى عن ابن القاسم يحلف المبتاع في الوجهين على العلم انه ما حدث ذلك عنده ويكون له الرد هذا الذي ثبت في كتاب الموازية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان كان العيب خفيا حلف المبتاع على علمه وان لم يكن خفيا حلف المبتاع وردّه ولم يذكر يمينه على البت أو العلم والتقسيم يقتضي انها على البت وروى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم مفسرا يحلف في الخفي على العلم وفي الظاهر على البت وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع يحلف المبتاع في العيوب على البت ولم يفرق وبه قال ابن أبي حازم وغيره من المدنيين فتحتمل رواية عيسى الاولى وجهين أحدهما أن تكون موافقة لقول أشهب والوجه الثاني أن يفرق بين البائع والمبتاع فان التدليس انما ينكر من جهة البائع دون جهة المبتاع (مسئلة) فان نكل المبتاع عن اليمين ففي المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم يلزمه البيع وهذا يقتضي انه ليس له بعد النكول الرجوع الى اليمين وفيها قول ابن نافع ان نكل المبتاع لم يردّه أبدا حتى يحلف وهذا يقتضي أن له اليمين بعد النكول (مسئلة) فان ظهر على عيبين أحدهما قديم والآخر يشك في قدمه فعلى المبتاع أن يحلف انه لم يحدث عنده بخلاف اذا لم يكن ثم عيب قديم للمبتاع الرد وفسخ البيع والبائع مدع عليه ارش العيب المشكوك فيه فان لم تقم له بينة بحدوثه فاليمين على المبتاع في انكاره واذا لم يكن ثم عيب قديم فليس للمبتاع ردّ الا بما يدعيه من قدم العيب المشكوك فيه فان قامت له بذلك بينة والا حلف البائع على انكاره (مسئلة) وان أقام المبتاع شاهدا واحدا على قدم العيب حلف مع شاهده ويكون يمينه على البت وان كان عيبا خفيا قاله ابن المواز فان نكل المبتاع عن اليمين حلف البائع وقال ابن المواز يحلف على البت وقال أصبغ يحلف على العلم وجه قول ابن المواز ان الشاهد شهد على القطع فيجب أن يكون يمين المشهود له موافقا للشهادة شاهده فان نكل ردّت تلك اليمين بعينها على البائع فلزمه أن يحلف على البت ووجه قول أصبغ أن يمين المبتاع موافقة لشهادة الشاهد فلذلك

لزم أن تكون على حكمها وليس كذلك يمين البائع فانها على خلافها فبقيت على حكمها

(فصل) وان شهد الشهود بانه أقدم من أمد التبايع فلا يخلو أن يكون المبتاع ممن يظن به انه لا يخفى عليه ويتهم فيه أو يكون عدلا عالما به أو يكون غير عالم عدل فان كان عالما بذلك متهما فيه كالنخاسين والدلالين فروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك أنه يلزمهم وقال ابن المواز فيما علموا أو لم يعلموا وقال ابن حبيب في الظاهر والخفي لبصرهم بالعيوب وقال ابن القاسم ان كان مثله يخفى أحلف ما رآه وكان له الرد وان كان على غير ذلك لزمه وجه ما قاله مالك ان بصرهم بذلك وتكرر دروسهم عليهم فيه يدل على انه لم يخف عليه في الأغلب مع ما هم عليه من استحلال ما لا يحل والرضا برد عيب قد علموه وارتضوه ووجه قول ابن القاسم ان الخفي من العيوب قد يخفى عليهم فيحلفون استبراء لهم ويكون لهم الرد (مسئلة) فان كان المبتاع بصيرا بالعيب غير متهم لتصاونه أو تدينه أو متهما غير بصير كان له الرد بالعيب الظاهر والخفي دون يمين طال مكث السلعة عنده أو لم يطل قاله ابن المواز فان ادّعى البائع ان المبتاع قد رضي بذلك وادّعى انه أخبره أو أراه اياه لزمت المبتاع اليمين فان حلف رد بالعيب وان نكل حلف البائع وبرئ به (مسئلة) فان لم يدع انه أراه اياه فلا يخلو أن يدعي أنه بلغه رضا المبتاع به أو لا يدعي ذلك فان ادّعى ذلك فهل يحلف المبتاع أم لا روى ابن القاسم عن مالك انه يحلف وروى ابن المواز عن أشهب حلف انه تبرأ اليه منه فرضيه وجه رواية ابن القاسم ان البائع قد ادعى دعوى يبرأ بمثلها لانه يصح أن يرد عليه فيها اليمين فيحلف ويبرأ وليس كذلك اذا ادعى انه رأى المبتاع ولم يدع طريقا يعرف به ذلك لانه يصح رد اليمين عليه بمثل هذه الدعوى فلم يلزم اليمين بها ووجه قول أشهب ان دعوى البائع في ذلك كله لا يبرأ به وانما يبرأ بان يدعي البراءة يدل على ذلك انه اذا حلف لقد أخبره مخبر لم يسقط الطلب عنه وانما يثبت بذلك اليمين على المبتاع ولا يثبت من الايمان الا ما يتوصل به الى استيفاء حق أو البراءة منه ولا يثبت منه ما يتوصل به الى وجوب الايمان ألا ترى أن رجلا لو ادعى قبل رجل حقا فلما كلف اثبات الخلطة ادعاها وأراد أن يثبت بيمينه ليتوصل بذلك الى يمين المدعى عليه لم يكن له ذلك فكذلك في مسئلتنا مثله (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فان يحيى بن يحيى روى عن ابن القاسم انه يحلف لقد أخبره مخبر واشترط فيه بعض المتأخرين أن يحلف لقد أخبره مخبر صدق ووجه ذلك ان يسلم من الالغاز لانه يحتمل ان يقيم صبيا أو انسانا أو مسخوطا يخبره بذلك فيوري على ذلك بيمينه قال وان أظهر الذي أخبره بذلك لزم اليمين المدّعى عليه وان كان المخبر مسخوطا فكان يجب على هذا التعليل أن ينظر في حال المخبر فان كان ممالا يعبأ بقوله ويمكن أن يجاهر باختلاف مثل هذا لم تجب بخبره على المبتاع وان كان ممن يعبأ بقوله ويظن به تحري الصدق والحياء من اختلاق الكذب والمجاهرة به أوجب خبره اليمين والله أعلم وأحكم

(فصل) فان اتفق الشاهدان على تاريخ العيب واختلف المتبايعان في تاريخ العيب فعلى قول أشهب القول قول البائع انتقد أو لم ينتقد فهو مدع استحقاق قبض الثمن من المبتاع والمبتاع ينكر ذلك وهذا الاصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم وقول أشهب كل واحد منهما قد قال بالقولين وبالله التوفيق (مسئلة) فان اختلف في عين السلعة فلا يخلو أن يكون مما يعرف عينه أو مما لا يعرف عينه فان كان يعرف عينه كالحيوان والثياب فالقول قول البائع اذا أنكر أن تكون سلعته يحلف على البت ويبرأ وان كان مما يعرف من المكيل والموزون والمعدود فلا يخلو أن

يكون من الأثمان أو غـيرها فان كانت من الأثمان فاختلف أصحابنا فى ذلك فروى ابن حبيب عن ابن القاسم أن الدافع يحلف على علمـه فى الغش والنقص صيرفيا كان أو غـيره وحكى عن ابن الماجشون أن الصير فى يحلف على البت وان غـيره يحلف فى الغش على العلم وفى النقصان على البت قال ولم يختلفوا ان اليمين فى نقصان العدد على البت وجه قول ابن القاسم أن انتقاد القابض واستيفاء الوزن ومفارقته الدافع على انه قد استوفى بذلك عـدده يضعف دعواه الغش والنقص فى الوزن ولو ادّعى عدم معرفة تلك الاعيان فادونها فيحلف على انه لا يعرفها لأنه ان عرفها وميزها أعيد النظر اليها والوزن لهما ويستوفى تميز أعيانها وانها هى التى دفع الصير فى أو غـيره فاستوفى ووجه قول ابن الماجشون أن معرفته بالغش والغبن وتجويز الوزن ومباشرته له فى الاغلب يوجب عليه اليمين على البت انه قد وفاه جيدا وازنا وليس عليه أن يحلف على البت فى ميز أعيانها ووجـه قول ابن كنانة فى التفرقة بين الغش والوزن ان الذى ينفرد الصير فى بمعرفته هو الغش وأما الوزن فان جميع الناس يستوون فيه فلذلك استووا فى صفة اليمين

(فصل) وقوله فان العبد أو الوليدة تقوم وبه العيب الذى كان به يوم اشـتراه فيرد من الثمن ما بين قيمته صحيحا وقيمته وبه ذلك العيب يريد انه يقوم قيمته يوم التبايع سليما من العيب ثم يقوم بقيمته ذلك اليوم وبه العيب فينظر كم بين القيمتين فان كان ربعها رجع بجميع الثمن وان كان أقل أو أكثر فبحسب ذلك وذلك ان المبتاع اشترى السلعة والتغابن لازم فى البيوعات لأنها مبنية على ذلك فقد أصاب العيب جزأ من الثمن الذى ابتاع به الجملة فيجب أن يرد من الثمن ذلك المقـدار فان كان العيب خمس المبيـع رد خمس الثمن وان كان أكثر أو أقل فبحسب ذلك ولا سبيل الى تقدير العيب به من الجملة الاعلى ما ذكرناه وهـذا اذا دخل المعيب وجـه من وجوه الفوت كالموت والعتق وسائر ما قدمناه ذكره أو دخله معنى يثبت به الخيار للمبتاع من نقص يوجب أن يرد المعيب مع النقص الحادث أو يمسكه ويرجع بقيمة العيب فأما ان لم يدخـله شئ من ذلك فليس للمبتاع الارده ويرجع بجميـع ثمنه أو الامساك ولا يرجع بشئ فان أراد البائع أن يدفع اليه الارش ولا يرد عليه المبيـع بالعيب لم يكن له ذلك مالم يتفقا عليه فان اتفقا عليه جاز خلافا لابن شريح فى منعه ذلك والدليل على ما نقوله أن هذا خيار يسقط الى مال مع الفوات فجاز أن يسقط الى مال مع الامكان كالخيار فى القصاص

ص ﴿ قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا فى الرجل يشترى العبد ثم يظهر منه على عيب يرد منـه وقد حدث به عند المشترى عيب آخر انه اذا كان العيب الذى حدث به مفسدا مثل القطع أو العور وما أشبه ذلك من العيوب المفسدة فان الذى اشترى العبد بخير النظرين ان أحب أن يوضع عنه من ثمن العبد بقدر العيب الذى كان بالعبد يوم اشتراه وضع عنه وان أحب أن يغرم قدر ما أصاب العبـد عنـده ثم يرد العبد فذلك له وان مات العبد عند الذى اشتراه أقيم العبـد وبه العيب الذى كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه فان كان قيمة العبد يوم اشتراه بغير عيب مائة دينار وقيمته يوم اشتراه وبه العيب ثمانين دينارا وضع عن المشترى ما بين القيمتين وانما تكون القيمة يوم اشترى العبد ﴾ ش وهذا كما قال ان من ابتاع سلعة وحدث بها عنـده عيب مفسد ثم ثبت فيها عيب قديم كان عنـد البائع فان المبتاع بالخيار بعد ذلك بين أن يمسك المبيـع ويرجع بقيمة العيب وبين أن يرد المبيـع وقيمة العيب الذى حدث عنده ويرتجع جميـع الثمن وقال أبو حنيفة والشافعى ليس له رد المبيـع وانما له الرجوع بقدر العيب خاصة والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك قوله صلى الله عليه وسلم لا تصروا الابل

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن الرجـل يشترى العبد ثم يظهر منه على عيب يرد منه وقد حدث به عند المشترى عيب آخر انه اذا كان العيب الذى حـدث به مفسدا مثـل القطع أو العور وما أشبه ذلك من العيوب المفسدة فان الذى اشترى العبـد بخير النظرين ان أحب أن يوضع عنـه من ثمن العبد بقدر العيب الذى كان بالعبد يوم اشتراه وضع عنـه وان أحب أن يغرم قدر ما أصاب العبد عنده ثم يرد العبد فذلك له وان مات العبد عند الذى اشتراه أقيم العبد وبه العيب الذى كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه فان كانت قيمة العبد يوم اشتراه بغير عيب مائة دينار وقيمته يوم اشـتراه وبه العيب ثمانين دينارا وضع عن المشترى ما بين القيمتين وانما تـكون القيمة يوم اشترى العبد

والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردّها وصاعا من تمر فوجه الدليل انه لما أتلف المبتاع اللبن وبقى سائر الحيوان جعله بالخيار بين أن يغرم ما أتلف ويرد من الحيوان وبين أن يمسكه ودليلنا من جهة المعنى ان البائع قد دلس بعيب والمبتاع قد حدث عنده عيب بغير تدليس وكل واحد منهما غير راض بما كان عند صاحبه من العيب فاذا تعارض الحقان كان أولاهما بالتقليب المبتاع لأنه لم يوجد منه تدليس ولا تعمد اذا ثبت ذلك ففي هذه المسئلة بابان * أحدهما في بيان المعاني التي تثبت الخيار للمبتاع وتميزها مما لا يثبت له ذلك * والثاني في صفة العمل في الارتجاع والرد

(الباب الاول في بيان المعاني التي تثبت الخيار الخ)

أما المعاني التي تثبت الخيار فانها على ضربين نقصان وزيادة فأما النقص فعلى قسمين نقص من جهة القيمة ونقص من جهة البدن فأما النقص من جهة القيمة فانه يكون لمعنيين أحدهما لاختلاف الاسواق والثاني لتغير حال المبيع فأما النقص لاختلاف الاسواق فانه لا يمنع الرد بالعيب ولا يوجب رد شئ معه ولا يثبت الخيار للمبتاع فأما ما نقص القيمة لتغير المبيع في غير بدنه مثل أن يحدث فيه اباق أو سرقة أو زنى أو غير ذلك مما لا يؤثر في بدنه ولكنه يزهد فيه وينقص الكثير من ثمنه فهذا قال ابن حبيب لا يثبت الخيار وله أن يرد المبيع دون غرم شئ لما حدث عنده وفي العتبية من رواية ابن القاسم فيمن اشترى جارية فزوجها فولدت اما حبسها فلا شئ له واما ردها باولدها وفي المدنية من رواية محمد بن صدقة عن مالك فيمن اشترى جارية فزوجها ثم وجد بها عيبا فانه بالخيار بين أن يوضع عنه قدر العيب القديم وبين أن يردها ويرد معها ما نقص التزويج وجه القول الأول ان ذلك نقص يختص بالقيمة فلم يكن على المبتاع فيه غرم كبعض القيمة لتغير الاسواق ووجه القول الثاني انه عيب ينقص كثير الثمن لحدوثه وعند المبتاع يثبت له الخيار بين رد المبيع وما نقصه أو التمسك به والرجوع بقيمة العيب كنقص البدن (مسئلة) وأما القسم الثاني وهو النقص من جهة البدن فما كان يسيرا كذهاب الظفر والانملة في وخش الرقيق فان ذلك ليس مما يثبت الخيار للمبتاع وانما له الرد ولا شئ عليه من النقص أو الامساك ولا شئ له من قيمة العيب ووجه ذلك ان البائع متهم بالتدليس ولذلك وجب الرد عليه بالعيب بما كان من الامور اليسيرة التي لا يسلم من مثلها وما كان معتادا متكررا فلا عوض له فيما حدث منها وذلك بمنزلة بقاء المبيع على هيئته وكذلك الكي والرمد والصداع والحمى لانها أمور معتادة يسرع البرء منها هذا مذهب ابن القاسم وخالفه أشهب في الوعك والحمى فقال يثبت الخيار للمبتاع * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي ان ابن القاسم انما أراد الحمى الخفيفة التي يرجى سرعة برئها دون ما أضعف منها ومنع التصرف فان ذلك مما يعظم قدره ويندر فلا يرد المشتري الا أن يرد قيمة ما نقص من المبيع وقد روى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة انه ان اشترى عبدا فمرض عنده ثم اطلع على اباق لم يرده حتى يصح أو يموت فان مات رجع بما بين القيمتين وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك يرده ما لم يكن مرضا مخوفا فعلى هذه الرواية الامراض ثلاثة خفيف لا يثبت الخيار به ومتوسط يثبت الخيار به ومرض مخوف يمنع الرد والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان أصابته موضحة أو جائفة أو منقلة فبرئت فليس بفوت ولا يثبت الخيار للمبتاع لانه قد عاد الى هيئته قال ابن المواز ولو أخذ لذلك عقلا لم يرده المبتاع مع العبد بخلاف قطع اليد وقد روى محمد بن صدقة عن مالك في المدنية انه يرده ولا يرد عقل الموضحة لان الموضحة لا تفيت

العبد ولو كان ما أصيب به العبد جرحا يعيب رسمه لم يكن له رده الا بما أخذ فى جرحه وقال ابن القاسم وكذلك المنقلة والجائفة والمأمومة عقلها لمن أخذه الآن يتبين فان شاء رده وما أخذ من عقله قال عيسى بن دينار ان شانه فهو بالخيار ان شاء رده وما نقصه الشين لسبب العقل الذى أخذ وان شاء أمسكه و يرجع بقيمة العيب وان لم يشنه وان شاء رده وكان له ما أخذ من عقل الجرح وان شاء أمسكه ولا شئ له من قيمة العيب (مسئلة) وان كان النقص فى البدن كثيرا كالعور والعمى والشلل وقطع الاصبع من الوخش والانملة من الرائعة وقطع اليد فان ذلك يثبت الخيار للمبتاع بين أن يمسك المبيع و يرجع بقيمة القديم أو يرد المبيع وما نقص العيب الحادث و يرجع بجميع الثمن وهذا حكم الافتضاض والولادة لان هذا كله نقص من غير المبيع مؤثر فى ثمنه تأثيرا كثيرا (مسئلة) واختلف أصحابنا فى هزال الرقيق والدواب وسمنها فروى ابن حبيب أن مالكا لا يثبت الخيار بسمن الرقيق والدواب ولا بهزال الرقيق ولا بسمنه وشبهه بهزال الدواب وابن القاسم لا يثبته بهزال الرقيق و يثبته بهزال الدواب وسمنها واختار ابن حبيب ان ذلك كله يثبت الخيار ورواه عمن يرضى من شيوخه وهى رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فى الدواب وهذا مبنى على ان النقص الكثير والزيادة فى البدن تثبت الخيار دون النقص اليسير وأما صلاح البدن مالم يكن سمنا بينا فلا خلاف انه لا يثبت الخيار لانه زيادة فى الجسم خاصة وانما يقع الاختلاف بينهم على حسب اعتقادهم فى نقص كثير القيمة (فرع) اذا قلنا ان الخيار يثبت بذلك فانه يكون مخيرا بين أن يمسكه و يرجع بقيمة العيب أو يرد عليه قيمة ما حدث عنده من النقص وما يثبت به الخيار فى هذا من الزيادة فانه مخير بين أن يمسكه و يرجع بقيمة العيب أو يرده ولا شئ له من الزيادة رواه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة (مسئلة) وان كان النقص من غير جنس المبيع مثل أن يكون للعبد مال من رقيق أو غيرهم يشترطه المبتاع فتذهب أو يكون على الغنم أصواف فتذهب قبل الجز أو مع النخل ثمر فيتلف قبل الجد فانه لا يثبت الخيار للمبتاع فى مال العبيد وانما يكون له أن يرد العبد بما بقى من ماله ولا غرم عليه فيما ملك أو يرضى به ولا يرجع بشئ من قيمة العيب رواه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة وعيسى ابن دينار عن ابن القاسم

(فصل) وأما الضرب الثانى من المعانى الموجبة للخيار بالزيادة فى المبيع فلا يخلو أن تكون الزيادة فى المبيع زيادة القيمة دون الجسم أو زيادة فى عين المبيع فأما الزيادة فى القيمة دون العين كالزيادة فى النفاذ والمعرفة والفصاحة فهذا لا يثبت الخيار للمبتاع وأما الزيادة فى عين المبيع فانها على قسمين أحدهما أن يكون نماء فيه والثانى أن يكون معنى مضافا فان كان نماء فيه كالدابة المهزولة تسمن فقد قال أصبغ عن مالك فى ذلك روايتان احداهما نفى الخيار والثانية اثباته وحكى عن ابن القاسم اثباته اذا كان سمنا بينا وجه اثباته انه تغير فى البدن فوجب أن يثبت الخيار به كالهزال البين ووجه نفيه انه نماء من نفس المبيع ليس للمبتاع المشاركة فيه فلم يثبت له الخيار كالنفاذ والمعرفة (مسئلة) وان كانت الزيادة بمعنى يضاف الى المبيع فلا يخلو أن يكون نماء خارجا منه أو صفة ثابتة فيه فان كان نماء خارجا منه فعلى وجهين أحدهما أن يكون من جنس المبيع كالولد والثانى أن يكون من غير جنسه كثمرة الشجر وصوف الغنم وألبانها وغلة العبيد والرباع فأما الولد فلم أر لاصحابنا فيه نصا علمها غير ماروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فيمن ابتاع شاة حاملا فوضعت عنده فأكل سخلتها ثم وجد عيبا قديما فان له أن يرجع بقيمة العيب أو يرد الشاة وما نقص من ثمنها يوم

ابتاعها لانها كانت ترجى لولدها فظاهر هذا انه انما أوجب ذلك الولادة ولم يوجب له ذلك عدم ولدها واتلاف المبتاع له لانه لو كان كذلك لرد قيمته فقد روى عيسى عن ابن القاسم انما ردها وقيمة ولدها وانما نصوا على انه ليس له ان أراد الرد أن يمسك الولد ويحتمل عندى أن يتخرج فيه القولان فى السمن وهو أظهر لانه نماء منفصل ولا يمكن مع ذلك امساكه (مسئلة) وان كان من غير الجنس كالثمرة والصوف واللبن فلا خلاف على المذهب انه لا يثبت له الخيار وانما له أن يرد أو يمسك ولا يرجع بقيمة عيب وقال أبو حنيفة ان ذلك فوت وليس للمبتاع الا قدر العيب والدليل على ما نقوله ان هذا نماء لو حدث قبل القبض لم يمنع الرد بالعيب فاذا احدث بعده لم يمنع الرد بالعيب كالكسب والعمل (مسئلة) وان كان صنعة ثابتة فيه كالصبغ والخياطة والقصارة والرقم فى الثوب مما لا يمكن فصله من المبيع الا بفساد فان ذلك يثبت فيه الخيار

(الباب الثانى فى صفة العمل فى الارتجاع والرد فيمن يثبت له الخيار)

وذلك ان معنى الخيار المذكور أن يكون للمبتاع أن يمسك المبيع المعيب ويرجع بقيمة العيب القديم أو يرده على البائع ويرد معه قيمة العيب الحادث عنده فان أراد الامساك فانه تقوم السلعة تقويمين أحدهما أن تقوم سليمة من العيب يوم البيع ثم تقوم معيبة فيرجع بقدر ما بين القيمتين من الثمن وذلك أن قيمتها سليمة عشرة دنانير وتكون قيمتها بالعيب القديم ثمانية دنانير فيعلم أن قيمة العيب خمس القيمة التى قوم بها صحيحا فيرجع عليه بخمس الثمن الذى اشتراه به وان أراد الرد فأى القيمتين المتقدمتين لا بد منهما فاذا تقدمت جعلت قيمة السلعة بالعيب القديم أصلا ثم يقومها قيمة ثالثة بالعيب القديم والحديث فيرد من ثمن المبيع المعيب بقدر ذلك وذلك أن يقال فى مسئلتنا ان قيمته بالعيبين ستة دنانير فيعلم أن العيب الحادث عند المشترى ينقص من قيمة المبيع بعينه الربع ومثل ذلك يجب أن يرجع من ثمنه فان كان اشترى المبيع بخمسة عشر دينارا فأراد امساكه أخذ من البائع خمس الثمن الذى هو خمسة عشر دينارا وذلك ثلاثة دنانير وعلمنا أن الباقى وذلك اثنا عشر دينارا وهى أربعة أخماس الثمن هو ثمن المبيع معيبا بالعيب القديم فاذا أراد أن يرد قيمة العيب الحادث عنده فقد قلنا انه ربع قيمة العبد معيبا رد مع العبد ربع ثمنه بالعيب القديم وذلك ثلاثة دنانير لان العيب الذى حدث عنده انما كان معيبا بالعيب القديم فيلزمه أن يرد قيمة ما تلف من المبيع معيبا بالعيب وهذا معنى ما ذكره ابن القاسم فى المدونة وغيرها (مسئلة) فان قال البائع أنا أقبض المبيع ولا أرجع بقيمة العيب الحادث وقال المبتاع بل امسك وارجع بقيمة العيب القديم فقد روى سحنون عن ابن القاسم ذلك للبائع الاول الا أن يقول المبتاع أنا أمسكه ولا أرجع بقيمة العيب القديم فيكون ذلك له وقال عيسى بن دينار ليس ذلك له والخيار للمبتاع وهو الأظهر من قول المدنيين وجه رواية سحنون ان البائع لما أسقط عن المبتاع قيمة العيب الحادث كان بمنزلة ما لم يحدث فيه عيب فلم يكن للمبتاع الامساك والرجوع بقيمة العيب ووجه قول عيسى بن دينار ان حدوث العيب بالمبيع يثبت الخيار للمبتاع وان لم يجب به على المبتاع غرم كما لو ثبت تدليس البائع بعيب الرد وقد حدث عند المشترى بسببه عيب آخر وكما لو كان التغير بالزيادة (مسئلة) وأما التغير الموجب للخيار بزيادة فى المبيع كالصبغ ونحوه فانه يأتى ذكره فى الأقضية ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا ثبت ذلك فالتغير الحادث عند المشترى على ضربين زيادة ونقصان فأما الزيادة فان حكمها واحد فى التدليس وغيره وأما النقصان فلا يخلو أن يحدث بسبب العيب المدلس به أو باذن

البائع أو يحدث بغيرهذين الوجهين فأما مايحدث بسبب العيب مثل أن يدلس بمرض فيموت منه أو يدلس بسرقة فتقطع يده فيموت أو يدلس بحمل فيموت منه فهذا يرجع بجميع الثمن على البائع لانه تعدى بكتمان عيب قدعلمه فكان ذلك سببا لهلاك المبيع فلزمه ضمانه لما كان هلاكه من سببه

(مسئلة) فان دلس بإباق فأبق لم يختلف أصحابنا ان على البائع ردّ جميع الثمن الا محمد بن دينار فان ابن حبيب ذكر عنه انه قال اذا هلك بإباقه فان للمبتاع قيمة عيب الاباق خاصة الا أن يلجئه الهرب فى عطب كالنهر يقتحمه أو يتردى من جبل فيهلك بذلك أو يتوارى فى موضع فتنهشه حية فهذا يرد البائع فيه جميع الثمن فاما أن يمرض فى اباقه فيموت أو يجهل أمره فلا يرجع عليه الا بقيمة العيب وجه قول مالك والجمهور انه هلك بعيب دلس به البائع فكان عليه جميع الثمن كما لو دلس بمرض فات منه ووجه قول ابن دينار ان ما اعترضه من مرض أو غيره ليس من جملة الاباق فلا ضمان عليه وأما مايحدث باذن البائع فسيأتى ذكره فى الأقضية ان شاء الله تعالى

(فصل) ثم نرجع الى الأصل ونقول قوله فان مات العبد وبه العيب الذى كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه الى آخر الفصل يقتضى أن الرجوع بقيمة العيب انما يكون اذا كان العيب باقيا الى وقت الفوات فأما ان زال العيب قبل فوات العبد بالعتق والموت أو غير ذلك فلا رجوع للمبتاع على البائع بقيمة العيب لانه لو كان العبد باقيا وقد زال عنه العيب لم يكن له ردّ بعيب قد زال فكذلك لا يكون له أن يرجع بقيمته بعد فوات المبيع (مسئلة) والعيوب فى ذلك على ضربين عيوب اذا ذهبت لم يخش عاقبتها كالبياض فى العين والمرض والولد يموت والجرح يبرأ على غير شين فان أخذ له عقلا فهذا لا خلاف انه بمنزلة الصحيح الذى لم يكن به شين وان مات أو عتق بعد زوال هذه المعانى فلا يرجع على البائع بشئ وان كان العبد قائما لم يكن له ردّه بعد ذهاب هذه المعانى وبالله التوفيق ومنها عيوب يتقى عاقبتها و يتقى عادتها أو عودتها فأما ماتتقى عادته كالسرقة والاباق قال أشهب عن مالك فى الصبى يأبق فى الكتاب ثم يبلغ ويكبر لا يبيعه حتى يبين لان عادته تبقى وأما الجارية تبول فى الفراش ثم انقطع عنها ذلك قال ابن القاسم هو عيب وقال أشهب ان انقطع انقطاعا بينا كالسنين الكثيرة فليس بعيب وان كان أمرا يسيرا فهو عيب ويحتمل أن يكون قول ابن القاسم وأشهب فى ذلك واحدا اذا انقطع ذلك عنها العشرة الاعوام ونحوها على أنهما قد اختلفا فى الجنون كاختلافهما فى هذا وأمر الجنون أشد وأما الزوج للامة والزوجة للعبد يموتان أو يفترقان قال ابن القاسم وابن كنانة فى المدنية ليس بعيب وقال مالك من رواية أشهب عنه هو عيب وجه ماقاله ابن القاسم ان العيب قد ذهب بالفرقة أو الموت كالبياض يكون بالعين وجه رواية أشهب ان من اعتاد ذلك منهما دعا اليه وطلبه وذلك مفسد لحاله ومؤثر فى خدمته وقال الشيخ أبو بكر انما ذلك لان الناس أرغب فى من لم يكن لها زوج قط (مسئلة) وأما مايتقى عودته من الجنون والجذام والبرص فقال ابن القاسم فى الجنون هو عيب لانه تكثر رجعته وقال أشهب اذا برئ حتى أمنت عودته فليس بعيب

(فصل) وقوله وانما تكون القيمة يوم اشترى العبد يريد فى الرد والامساك لانه اذا زاد فعليه قيمة الجزء الذى تلف عنده يوم الشراء الا أنه فى ذلك ضمنه وان أراد التمسك فعليه أن يرجع بقيمة عيب التدليس لان الجزء الذى دلس بنقصه انما دفع قيمة الثمن على قيمة قدره من المبيع ذلك اليوم فانما الرجوع بقدره ذلك اليوم من الثمن الذى دفع فى الجملة ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من رد وليدة من عيب وجده بها وقد أصابها أنها ان كانت بكرا فعليه مانقص من ثمنها وان

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من رد وليدة من عيب وجده بها وكان قد أصابها انها ان كانت بكرا فعليه مانقص من ثمنها وان

كانت ثيبا فليس عليه فى اصابته اياها شئ لأنه كان ضامنا لها * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن باع عبدا أو وليدة أو حيوانا بالبراءة من أهل الميراث أو غيرهم فقد برئ من كل عيب فيما باع الا أن يكون علم فى ذلك عيبا فكتمه فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردودا عليه ﴾ ش وهذا كما قال ان من أصاب وليدة وجد بها عيبا فانها ان كانت بكرا فأذهب عذرتها فان عليه ما نقصها ان أراد ردها بالعيب وكانت ممن ينقصها الافتضاض لان وخش الرقيق لا ينقصه ور بما زاد ذلك فيهن وان كانت ثيبا ردها ولا شئ عليه لوطئه اياها وقد تقدم ذلك كله وليس عليه رد مهر فى بكر ولا ثيب وروى القاضى أبو محمد عن ابن أبى ليلى وروى عن شريح أنه أوجب فى ذلك مهرا لردمعها والدليل على صحة ماذهب اليه الجهور ان هذا وطء صادف ملكا فلم يوجب مهرا أصل ذلك اذا فاتت ص ﴿ قال مالك فى الجارية تباع بالجاريتين ثم يوجد باحدى الجاريتين عيب ترد منه قال تقام الجارية التى كانت قيمة الجاريتين فينظر كم ثمنها ثم تقام الجاريتان بغير العيب الذى وجد باحداهما تقامان صحيحتين سالمتين ثم يقسم ثمن الجارية التى بيعت بالجاريتين عليهما بقدر ثمنهما حتى يقع على كل واحدة منهما حصتها من ذلك على المرتفعة بقدر ارتفاعها وعلى الأخرى بقدرها ثم ينظر الى التى بها العيب فيرد بقدر التى وقع عليها من تلك الحصة ان كانت كثيرة أو قليلة وانما تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما ﴾ ش وهذا كما قال وذلك ان من ابتاع جارية بجاريتين ثم وجد مبتاع الجاريتين باحداهما عيبا فانه تقوم الجارية التى كانت ثمن الجاريتين فينظر كم ثمنها يريد قيمتها وانما يحتاج الى ذلك ليتوصل بذلك الى معرفة ما يعيب كل واحدة من الجاريتين من الثمن فى بيعه المتقدم وهى قيمة الجارية المنفردة

(فصل) وقوله ثم تقام الجاريتان بغير العيب الذى وجد باحداهما سالمتين منه لانهما انما كانتا ثمنا للجارية الواحدة التى تقدم تقويمها وهما سالمتان لانه على ذلك اشتراهما بائع الجارية وانما تقوم كل واحدة منهما مفردة ليعلم قيمة كل واحدة منهما فبذلك يتوصل الى ما يريده ثم يجمع القيمتان ثم يعلم كم مبلغ قيمة كل واحدة من الجاريتين من قيمتهما فان كانت قيمة التى بها العيب ثلث الجملة وقيمة الأخرى الثلثين ردها ورجع بقدرها وبيان ذلك انه لا يخلو أن تكون الجارية التى هى من ثمن الجاريتين باقية على حالها لم تفت أو تكون قد فاتت بزيادة أو نقصان أو اختلاف أسواق فان كانت قائمة لم تفت نظر الى الجارية التى وجد بها العيب فان كانت أفضل الجاريتين رد الجاريتين وأخذ جاريته وان كانت أدون الجاريتين رد المعيبة بما يصيبها من قيمة الجارية المفردة بيد مبتاعها وهذا معنى ما فى المدونة من ذلك وروى اسماعيل القاضى عن ابن الماجشون ان الذى وجد العيب لا يرجع فى عين ما باع وان وجد العيب بجميع ما أخذ والذى أعطى لم يفت وانما يرجع بقيمته وان تساوت الجاريتان ففى المدونة عن ابن القاسم فى العبدين المتكافئين يصيب المبتاع بأحدهما عيبا أو يستحق فانه يرده و يأخذ ما يصيبه من الثمن وقاله غير ابن القاسم فى العبدين والشاتين وقلتى الخل

(مسئلة) وان فاتت الجارية بزيادة أو نقصان لزم فيها البيع وكان التراجع فى قيمتها على حسب ما قدمناه الا أنه ينظر المعيبة من الجاريتين فان كانت الارفع ردها ورجع بجميع الجارية المفردة وان كانت المعيبة هى الادون ردها مفردة ورجع بقيمتها مع قيمة الجارية المفردة ولزمه البيع فى الجارية الثانية التى هى أرفع الجاريتين (مسئلة) فان كانت الجارية المفردة لم تفت ولا تغيرت فى بدنها وانما تغيرت فى أسواقها بزيادة أو نقصان فقد قال ابن القاسم ان ذلك فوت يمنع الرجوع

كانت ثيبا فليس عليه فى اصابته اياها شئ لأنه كان ضامنا لها * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن باع عبدا أو وليدة أو حيوانا بالبراءة من أهل الميراث أو غيرهم فقد برئ من كل عيب فيما باع الا أن يكون علم فى ذلك عيبا فكتمه فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردودا عليه * قال مالك فى الجارية تباع بالجاريتين ثم يوجد باحدى الجاريتين عيب ترد منه قال تقام الجارية التى كانت قيمة الجاريتين فينظر كم ثمنها ثم تقام الجاريتان بغير العيب الذى وجد باحداهما تقامان صحيحتين سالمتين ثم يقسم ثمن الجارية التى بيعت بالجاريتين عليهما بقدر ثمنهما حتى يقع على كل واحدة منهما حصتها من ذلك على المرتفعة بقدر ارتفاعها وعلى الاخرى بقدرها ثم ينظر الى التى بها العيب فيرد بقدر الذى وقع عليها من تلك الحصة ان كانت كثيرة أو قليلة وانما تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما

في عينها كتغير البدن

(فصل) وانما تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما يريد يوم خروج الجارية المفردة وان كانت السالمة هي الرائعة من عهدة المواضعة لانه حينئذ يصح قبضه للجاريتين ان لم يثبت فيها حكم المواضعة وان ثبت فيها حكم المواضعة فتي تخرجان منها وانما قال في هذه المسئلة يوم القبض بخلاف ما تقدم قبله في مسئلة العبد والوليدة من التقويم يوم البيع لانه ينافي مسئلة العبد والوليدة على أنه ليست فيهما مواضعة والكلام في هذه المسئلة على رقيق فيهم المواضعة أو عهدة الثلاث فانما تلزمه القيمة بعد ذلك ونحن نحتاج أن نبين حكم المواضعة وما يتعلق بها وفيها ستة أبواب * الباب الأول في تبيين معنى المواضعة ولزومها * والباب الثاني في محلها من المعقود عليه * والباب الثالث في محل المواضعة من العقود * والباب الرابع في محل المواضعة من المعقود عليه * والباب الخامس في تبيين حكم الحوادث * والباب السادس في بيان ما تخرج به المواضعة

(الباب الأول في بيان معنى المواضعة ولزومها)

قال أحمد بن المعذل في المبسوط المواضعة أن توضع الجارية اذا بيعت على يد امرأة معدلة حتى تحيض حيضة فان هي حاضت كمل البيع وان لم تحض وظهر بها حمل فسخ البيع (مسئلة) وحكم المواضعة ثابت في الرقيق في كل بلد قال أشهب في العتبية والواضحة أرى أن يحمل الناس على المواضعة قال ابن عبدوس لما يتقى فيها من الحمل

(الباب الثاني في تبيين محلها من العاقدين)

وذلك أن البائع للجارية سواء كان مالكها أو غيره من سلطان أو وكيل أو وصي لا بد من المواضعة لما ذكرناه (مسئلة) ومن باع شقص جارية ففي المبسوط عن مالك عليه المواضعة قال ابن القاسم في المدونة وكذلك لو أقال منه ووجه ذلك انه يجب عليه تسليم ذلك الجزء الذي باعه سالما من الحمل (مسئلة) والمسافر الحاج وغيره اذا باع الجارية فعليه المواضعة رواه ابن المواز عن مالك قال وكذلك أهل منى قال وكذلك المجتاز والمرأة ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) واذا كان البائع قد غاب عن الأمة وهو ممن يطأ مثله فلا خلاف على المذهب في وجوب المواضعة فان كان لم يغب على الأمة وفي حكم من لم يغب عليها مثل أن يقيل من جارية أو من على مواضعتها أو وضعت على يدي غيره فان أقال منها أو ولاها قبل أن يغيب عليها أو قبل أن تنقضي مواضعتها فلا مواضعة فيها لان البائع في مثل هذا كان ضامنا لها ومتى رجعت اليه في مدة ضمانه لها فلا مواضعة على المشتري فيها وكذلك لو باعها المشتري من بائعها أو من غيره بربح فلا مواضعة عليه ولا استبراء على المشتري لانها على يدي عدل تعلم به براءتها ولم يغب عليها بعد البراءة من لم يؤمن عليها وكذلك من باع جارية ممن هي على يده وديعة بعد ان حاضت عند المودع عنده (مسئلة) فان غاب عليها غير من وضعت عنده للاستبراء وكان البائع لها ممن لا يطأ مثله كالصبي الصغير والمرأة فالظاهر من المذهب وجوب المواضعة لا يجوز منها حمل لا يلحق بزوج ولا زنى ظاهر فلم يدخل المبتاع عليه وهو ممن ينقص معظم الثمن وأما الزانية المشهورة بذلك أو ذات الزوج فلا ينقص من ثمنها الا اليسير فلا مواضعة فيها

(الباب الثالث في محل المواضعة من العقود)

حكم المواضعة ثابت في البيع بالنقد أو في الثمن المؤجل وأما في ابتياع الأمة من دين على الأمة فلا يجوز أن يثبت فيها حكم مواضعة وان كانت من الاماء اللاتي لا يجوز بيعهن الا بالمواضعة لا يجوز ذلك

فيها و بطل العقد لما يدخله من فسخ الدين فى دين قاله ابن القاسم ووجه ذلك ان المبتاع كان له على البائع دين فنقله فى جارية لم يتنجز نقل الدين الى عينها لما بقى فيها من حكم المواضعة التى لا يكمل البيع وتبرأ به ذمة البائع الا بكمالها فلم تبرأ ذمة البائع من دين ولا بقيت مشغولة به على حسب ما كانت قبل البيع لانها قبل البيع كانت مشغولة بدين محض وحبس معلوم و بعد البيع صارت مترددة بعد البراءة من الدين ان سلمت الجارية فى المواضعة والاشتغال به ان لم تسلم وهذا معنى فسخ الدين فى الدين أن لا تبرأ الذمة من الدين الأول ولا تبقى مشغولة به على الصفة التى كانت مشغولة به قبل الفسخ ويتخرج على قول أشهب جواز ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان البيع بيع براءة فقد قال ابن القاسم حكم المواضعة ثابت فيها لا يسقط بالبراءة قال ابن المواز وقال مالك فى العتبية ولو بيعت بيع ميراث فلا بد من المواضعة وقال ابن المواز باعها سلطان أو غيره ووجه ذلك ان البراءة من الحمل لا تجوز لا سيما مع اقرار البائع بالوطء والمواضعة انما هى لمعنى ما يحدث من الحمل فلا بد من ثبوتها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وان شرطا فى بيع جوارى المواضعة أن لا مواضعة بينهما فانه على وجهين أحدهما أن لا يشترط البراءة من حمل ان كان بها والثانى أن يشترط ذلك فان لم يشترط البراءة من حمل فان ظهر بها بطل الشرط وثبت عقد البيع وثبت حكم المواضعة و به قال ابن القاسم فى المدونة وغيرها وهو قول جماعة أصحابنا غير الشيخ أبى بكر فانه قال فى المختصر الكبير ان البيع يفسد بذلك وهو مبنى على قول أصحابنا فى صحة العقد أو فساده فى نقل الضمان المختلف فى محله عن عرفه وقد قدمنا ذكره (فرع) فاذا قلنا بابطال الشرط وصحة العقد فقد قال ابن حبيب يخرج من يد المشترى ويجرى فيها حكم المواضعة فان لم ترفع أمرها حتى ماتت ففى المدونة ان كان ذلك فى مدة المواضعة فهى من البائع وان ماتت بعد ذلك فهى من المبتاع وحكى القاضى أبو اسحق فى مبسوطه عن مالك ان ماتت فى عهدة الثلاث فهى من البائع وان ماتت بعدها فى مدة الاستبراء فهى من المشترى وجه الرواية الأولى لما بطل الشرط فى ترك المواضعة ثبت حكمها وكانت عند المشترى بمنزلة أن يؤتمن على استبرائها ووجه الرواية الثانية انه لما شرط ابطال المواضعة لم يبطل ذلك الا بحكم حاكم فاذا ماتت قبل ذلك كانت بمنزلة وخش الرقيق الذى لا مواضعة فيه (فرع) فاذا قلنا بمراعاة مدة الاستبراء فكم قدرها قال ابن المواز الشهر ونحوه ولم يفصل وقال ابن حبيب ان كانت أيام حيضتها معروفة فقدرها وان لم تكن معروفة فأغلب أحوال النساء وهو الشهر قال وهو فى الموت خاصة وأما ان جاء بها بعد شهرين أو ثلاثة يريد ردها بعيب تأخير الحيض أو بعيب حدوثه وزعم انها لم تحض صدق (مسئلة) وأما النكاح بالأمة الرائعة التى تحيض فحكم المواضعة (مسئلة) فأما الاقالة فان حكم المواضعة ثابت فيها اذا حدثت الاقالة بعد انقضاء المواضعة من البيع لان الاقالة بيع حادث يلزم البائع الثانى فيها من ضمان الجارية فى مدتها ما لزم البائع الأول فى مدة المواضعة الاولى و يتقى من ظهور حملها فيها ما اتقى من ظهوره فى الاولى (مسئلة) وأما الرد بالعيب فان كان قبل انقضاء المواضعة من البيع فلا خلاف انه لا مواضعة فيه لانها باقية على ضمان الاول وان كان بعد انقضاء المواضعة من البيع فقد قال ابن القاسم فيه المواضعة للبائع على المشترى الذى يرد بالعيب وقال أشهب لا مواضعة فيه وجه ما قاله ابن القاسم ان هذه أربعة يلزم فيها المواضعة بانتقال الملك بالمعاوضة كما لو بيعت ووجه ما قاله أشهب ان هذا نقض بيع وليس ببيع مبتدأ ولا عقد وهذا الحكم يختص بالعقود دون فسخها

(الباب الرابع فى محل المواضعة من المعقود عليه)

ان المواضعة ثابتة فى الرائعة من الاماء التى مثلها يوطأ وليست بظاهرة الحمل ولا معرضة لحمل يقبعها فى البيع كذات الزوج والمجاهرة بالزنا وأخصر من هذه العبارة انها ثابتة فى الجارية التى ينقص الحمل من ثمنها الكثير فان الصغيرة لا يصح فيها الحمل وذات الزوج والمشهورة بالزنا لا ينقص الحمل من ثمنها الكثير وأما وخش الرقيق قال ابن القاسم عن مالك فى المبسوط من الزنج وما أشبههن فلا يلزم فيهن ذلك واحتج لذلك بان الرائعة ينقص الحمل معظم ثمنها والوخش لا ينقص ثمنها فان نقص فينقص منه اليسير والغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره (فرع) قال مالك وما كانت بثمن خمسين أو ستين فهى من المرتفعات وهذا انما هو بحسب اختلاف الأوقات وانما ينظر فى ذلك الى ما جرت العادة أن يتخذ مثلها للوطء فهى الرائعة التى يثبت فيها حكم المواضعة واذا كانت ممن لم تجر العادة باتخاذها لذلك وانما تتخذ للاستخدام فهى من الوخش ولا يثبت فيها حكم المواضعة (مسئلة) واذا كانت الأمة المبيعة ذات زوج أو معتدة من طلاق فلا مواضعة فيها قال أحمد بن المعذل فى المبسوط لانها لم تشتر للوطء فلا يثبت فيها حكم المواضعة وهذا معنى صحيح لان الوخش لم يثبت فيها حكم المواضعة لما لم يكن المقصود منها الوطء (مسئلة) وان كانت حاملا ظاهرة الحمل ففى المدونة من قول مالك لا مواضعة فيها ووجه ذلك أن المواضعة انما هى خوف الحمل وتوقعه فاذا كان حملها ظاهرا فهو بمنزلة العلم بالعيب فلا يصح الرد به ولا التزامه به (فرع) فان اشترى جارية ظاهرة الحمل على ما تقدم فى ذلك من نفى المواضعة ثم انفش الحمل وظهر انها حامل فانها لا ترجع الى حكم المواضعة قاله ابن القاسم فى المدونة واحتج لذلك بان للبائع أن يقول بعتك حاملا ولا أدرى ما حدث بعد ذلك وله أن يقول بعتك ما جاز لى فيه الانتقاد وقد انتقدت (مسئلة) وأما الصغيرة التى لا يوطأ مثلها فلا مواضعة فيها لانها ممن لا يتقى عليها الحمل فلا تجب فيها مواضعة لان موضوع المواضعة لما يتقى من الحمل عليها فان كانت توطأ ولا يحمل مثلها فقد قال ابن القاسم فيها المواضعة وقال مطرف وابن الماجشون لا مواضعة فيها وجه قول ابن القاسم ان من يصح وطؤها لا يكاد أن يتميز وقت تجويز الحمل عليها فاحتيط لذلك كما احتيط بالعدة من الوفاة فى حق الصغيرة التى لا تحمل لما لم يتميز ذلك ووجه قول مطرف وابن الماجشون انه اذا اتفق على أنها لا تحمل فلا معنى للمواضعة والله أعلم

(الباب الخامس فى حكم الأمة فى مدة المواضعة وان ضمانها من البائع)

ويلزم البائع نفقتها وجميع مؤنتها والسنة فى ذلك أن توضع على يد امرأة وقال أشهب فى كتاب ابن المواز تكون امرأة عدلة ووجه ذلك أن المرأة يقبل قولها فى حيضتها ويمكنها النظر اليها وان وضعت على يد رجل أجزأ ذلك اذا كان له عيال ينظرون اليها (مسئلة) وما لحق الأمة فى مدة المواضعة من موت أو نقص جسم فهو من البائع وللمبتاع فى الموت امساك الثمن وارتجاعه ان كان أخرجه من يده وفى النقص خيار الرد بالعيب أو الامساك وأما ما كان من غير جسدها كالزنا والسرقة فجمهور أصحابنا على أن له الرد بذلك وحكى ابن حبيب عن أصبغ لا يردها به وجه قول الجمهور ان هذا لو كان أقدم من أمد التبايع لرد به فاذا حدث فى مدة المواضعة كان له الرد به كنقص الجسم ووجه قول أصبغ ان مثل هذا يمنع البائع بيعها لانها متى أرادت البقاء عنده أحدثت مثل هذا فى مدة المواضعة فترد عليه وما كان بهذه الصفة وجب أن يمنع منه (مسئلة) وما حدث لها من مال بهبة أو وصية أو عطية فهو للبائع ان كان لم يستثن منه مالها لان

كل من لزمه ضمانه كان لها ما ثبت من مال وأما ما حدث لها من ولد فقد قال ابن القاسم هو للمبتاع وقال أشهب هو للبائع وجه قول ابن القاسم انه نماء من جنس المبيع فأشبه الثمن ووجه قول أشهب انه نماء منفصل فى مدة المواضعة فكان للبائع كنماء المال (مسئلة) ومن اشترى جارية رائعة بالمواضعة فيها ورضى بالحمل بعد صحة العقد فقال ابن القاسم له ذلك وان أباه البائع وقال سحنون ليس له ذلك وجه قول ابن القاسم ان كل عيب يجوز للمبتاع الرضا به بعد ظهوره فانه يجوز له الرضا به قبل ظهوره واسقاط المطالبة كسائر العيوب ووجه قول سحنون ما احتج به من أن المبتاع انما أسقط ما وجب له من الضمان على البائع لتعجيل الخدمة

(الباب السادس فى بيان ما تنتقض به المواضعة)

المواضعة تكون بأحد شيئين بحيض أو شهور فأما الحيض فالذى يجزئ منه حيضة واحدة لان بها تحصل غلبة الظن ببراءة الرحم وليس يتعلق بها معنى من العبادة ولا حرمة الحرية فلذلك لم ايكرر الحيض فيها تكرره فى العدة فان كان الابتياع بعد ابتداء الحيضة فان كان فى أول الدم وعظم الحيضة أجزأ ذلك من المواضعة فان كان الابتياع فى آخر الحيضة وبعد ان ذهب معظم الدم لم تقع به البراءة واستؤنفت بعد المواضعة ووجه ما احتج به ابن القاسم من أن الرحم فى ذلك الوقت لا يقبل المنى بل يقذف بالدم وآخر الحيض يقبل المنى فلذلك افترقا (فرع) وكم مقدار ما تقع به البراءة من الحيضة الباقية قال ابن المواز ان بقى منه مقدار ما يعرف انه حيضة أجزأه ويحتمل قوله هذا أمرين أحدهما انه ان بقى منه مقدار أقل الحيض أجزأه ولذلك قال فى آخره وان كان انما بقى منه اليوم واليومان لم يجزه والثانى ان كان فى وقت يرى ان الرحم يرمى الدم ولا يقبل المنى فهو براءة فان كان غير ذلك فانما هى مدة يسيرة لاستقصاء بقايا الدم وذهاب أمره فليس براءة (مسئلة) وان كانت الحيضة بعد الابتياع فلا يخلو أن تأتى على المعهود أو تتأخر عنه فان أتت على المعهود فانه تتم المواضعة وان كانت بعد التبايع بلحظة لانا قد قلنا انه اذا كان التبايع فى أول الحيضة ان المواضعة تتم بتلك الحيضة فبان تتم اذا كان جميع المواضعة بعد الحيض أولى (مسئلة) فان كانت ممن تحيض فارتفعت حيضتها فاختلف أصحابنا فيها فروى ابن وهب أن براءتها لتسعة أشهر لا تنقص من ذلك وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا ان براءتها ثلاثة أشهر الا أن ترتاب فتقيم تمام تسعة أشهر ولم تبرأ الا أن تظهر بها حمل ووجه رواية ابن وهب أن ارتفاع الحيض ريبة فوجب أن تتربص له مدة الحمل وهى تسعة أشهر وأصل ذلك ارتفاع حيض المطلقة ووجه رواية ابن القاسم أن ارتفاع الحيض بمجرده ليس بريبة لانه قد يرتفع بمرض ورضاع وغير ذلك فالثلاثة أشهر تنوب عنه كالحيضة (مسئلة) وهذا فيمن كانت عادتها أن يتكرر حيضها قبل الثلاثة الأشهر فأما من كانت حيضتها تبطئ عنها أكثر من ذلك فلا يخلو أن تكون عادتها أقل من تسعة أشهر أو أكثر منها فان كانت عادتها أقل من تسعة أشهر فقد روى عيسى عن ابن القاسم ان ثلاثة أشهر تبرئها وروى عنه يحيى لا يبرئها الا الحيض والا رفعت الى ثلاثة أشهر ان استبرئت وجه رواية عيسى بن دينار ان من كانت لا تحيض فى ثلاثة أشهر فان ثلاثة أشهر تبرئها كالتى لا تحيض الا فى أكثر من تسعة أشهر لان الأشهر الثلاثة براءة لكل من لا ريبة بها ووجه رواية يحيى ان من كانت عادتها فى الحيض أكثر من ثلاثة أشهر ودون التسعة فان الثلاثة لا تبرئها لان هذه حالها التى لا تبرى قط فى الحمل وغيره فلا يستدل بها على براءتها (مسئلة) فان كانت عادتها أكثر من تسعة أشهر فلا خلاف على المذهب نعلمه ان ثلاثة أشهر تبرئها

الاما قال ابن حبيب ان من تحيض لأكثر من ثلاثة فانه لا يبرئها الا الحيضة ولم يفصل وجه قول الجمهور ان من من تأخرت حيضتها أكثر من تسعة أشهر فان تأخرها ليس بريبة ولا يفيد وضعها الى تسعة أشهر الا ما يفيد وضعها الى ثلاثة أشهر فلا معنى للاضرار بالمتبايعين ووجه رواية ابن حبيب ان من تحيض لا يبرئها الا الحيض المعتاد الا ان تتأخر عن عادتها فتنتقل الى الأشهر كما لو حاضت لشهر

(فصل) اذا ثبت الاستبراء والمواضعة تقع بانقضاء مدة المواضعة وذلك بظهور الحيض فان باول الدم قد خرجت عن ضمان البائع وسقطت سائر أحكام المواضعة وتقرر ملك المشترى عليها وهل يحل له الاستمتاع بها أولا قال ابن القاسم فى المدونة له ذلك لاول ما تدخل فى الدم ويحكى على قول أشهب فى كتاب ارخاء الستور انه يستحب له أن يؤخر ذلك حتى يعلم ان ما رأته من الدم حيضة

(فصل) وأما المواضعة بالأشهر ففى من لا تحيض لعلة أو ليأس فاما من لا تحيض لعلة وريبة فقد تقدم ذكرها وأما من لا تحيض ليأس فهذه مواضعتها ثلاثة أشهر وبه قال سليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة والشافعى يجزئ من ذلك شهر واحد وقال عمر بن الخطاب وعلىّ بن أبى طالب وسعيد بن المسيب رضى الله عنهم شهر ونصف وقيل شهران والدليل على صحة ما ذهبا اليه ان المبدل لا يختلف وان اختلفت مقادير مبدلاته مع اتفاق معانيها كالتيمم لا يختلف مقداره باختلاف مقدار الوضوء والغسل لما كان معناهما واحدا والله أعلم

(فصل) اذا ثبت ما ذكرنا من تفسير أحكام المواضعة فان قوله وانما تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما فان من باع جارية بجاريتين لا يخلو أن تكون الثلاث الجوارى من أعلى الرقيق أو وخشه فان كنّ من أعلى الرقيق ثبت حكم المواضعة فى جميعهن ثم ينظر فى الجاريتين اللتين هما عوض الجارية الواحدة فلا بد ان تكونا مستويتين أو احداهما أرفع من الاخرى فان هلكت المنفردة أو الرفيعة من الاثنتين فى المواضعة انتقض البيع كله لان الهالكة منهما من ضمان البائع فرجع العوض الى صاحبه وما أصاب الرفيعة من الثنتين فالدنية تبع لها وان هلكت الدنية من الثنتين فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ينتقض البيع كله أيضا وروى هو وعيسى عن ابن القاسم أن الدنية من بائعها يرجع بقدر قيمتها من قيمتها وقيمة التى معها فى قيمة المنفردة لضرورة الشركة واختاره محمد وجه الرواية الاولى ان هلاك الجارية قبل ابرام البيع فى عوضها يوجب نقض العقد كله دون مراعاة يسير ما هلك منه بخلاف ما وجد به العيب بعد ابرام العقد فانه لا يتعدى نقض اليسير منه الى غيره ووجه الرواية الثانية ان امتناع التسليم فى يسير المبيع لا يوجب نقض البيع فى جميعه اذا لم يحدث نقصا فى غيره كالاستحقاق (مسئلة) وان كانتا متساويتين فان تبايعا بجاريتين تواضعاهما (مسئلة) وان تبايعا جاريتين فتواضعاهما فحاضت احداهما قبل الأخرى فقد روى ابن القاسم ان التى حاضت توقف كالثمن الموضوع وروى عبد الملك عن مالك فى المبسوط يقبضها ربها وتبقى الأخرى على حكم المواضعة ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من انها كالثمن الموضوع لا يجوز لمبتاعها أن يقبضها حتى يسلم عوضها من المواضعة وذلك مبنى على ان الرجوع فى عينها ان لم يسلم عوضها ووجه رواية عبد الملك ما قاله ان هذه قد كمل فيها البيع فان سلم العوض تم البيع فيهما وان عرض لها مانع مضت الاولى بقيمتها وكانت كجارية بجارية استحقت احداهما أو ردت بعيب وقد لزمت مشتريها قال عبد الملك ولو حدث بها الحادث قبل أن تحيض واحدة منهما فسخ البيع لان احداهما لم تضمن بالقيمة

(فصل) ثم نرجع الى شرح المسئلة قوله ثم ينظر الى التى بها البيع وترد بقدر التى وقع عليها من ثلث الحيضة ان كانت كثيرة أو قليلة اختار بصفة التراجع فى الجملة ولم يبين الحيضة ان كانت فى العين أو غيرها وقد قدمنا ذكر ذلك وبيانه وبالله تعالى التوفيق ص ﴿ قال مالك فى الرجل يشترى العبد فيؤاجره بالاجارة العظيمة أو الغلة القليلة ثم يوجد به عيب يرد منه انه يرد بذلك العيب وتكون له اجارته وغلته وهذا الأمر الذى كانت عليه الجماعة ببلدنا وذلك لو أن رجلا ابتاع عبدا فبنى له دارا قيمة بنائها ثمن العبد اضعافا ثم يوجد به عيب يرد منه رده ولا يحتسب للعبد اجارة فيما عمل له وكذلك تكون له اجارته اذا آجره من غيره لانه ضامن له وهذا الأمر عندنا ﴾ ش وهذا كما قال ان الغلة للمبتاع وله الرد بالعيب دونها والرجوع بجميع الثمن وذلك ان ما يحدث فى عين المبيع على ضربين ظاهر حين العقد وغير ظاهر فالظاهر كثمرة نخلة مأبورة والصوف الكامل على ظهور الغنم ففى رد مثل هذا مع المعيب المردود بالعيب اختلاف بين أصحابنا قال ابن القاسم يرد وقال أشهب لا يرد بشئ من ذلك وهو للمبتاع اذا انفصل عنه قبل الرد بالعيب ووجه قول ابن القاسم ان للثمرة على هذه الحال وللصرف حصة من الثمن لانه لو استحق شئ من ذلك كان للمبتاع الرجوع بقدر ذلك من الثمن نص عليه محمد بن مسلمة ووجه قول أشهب ان هذه غلة انفصلت من المبيع قبل الرد بالعيب فلم ترد معه كاللبن فى ضروع الغنم يوم البيع قال ابن المواز ولم يختلف أشهب وابن القاسم فيما كان من اللبن فى ضروع الغنم عند البيع لانه لا يرد معها (فرع) واذا قلنا بقول ابن القاسم فان للمبتاع اذا رد الثمرة أجر السقى والعلاج ووجه ذلك انه لما وجب عليه رد الثمرة كان له أجر العمل الذى يختص بها وانما يكون له عندى من العمل أجر ما لو رد الثمرة لم يعمله لانهم لم يذكروا فى مسئلة الغنم الرجوع بالعمل ونحن نعلم ان للمرعى والسقى عليها تأثيرا فيها ولا يرجع من ذلك كله بشئ وانما يرجع بالجز عندى ولم أر فى شئ من ذلك نصا لأصحابنا (فرع) فان كانت الثمرة والصوف حاضرين فقد ذكرنا فى مذهب ابن القاسم انه يردهما فان تلفا قبل الجز فلا ضمان عليه عند ابن القاسم لأن المبتاع يقبضهما وكذلك مال العبد قبل الانتزاع وان تلف بعد الجد والجز والانتزاع فعلى المبتاع رد ذلك ان عرف قدرهما رد مثلهما بالكيل والوزن والا غرم قيمتهما ولا يجوز أن تترك عنده بحصتهما من الثمن وان كانت أكثر قيمة من المبيع لأنه لا يجوز افراد الثمرة قبل بدو الصلاح بالبيع ولا صوف الغنم قبل الجز بشرط التبقية ولو أبقى ذلك عنده بما يصيبه من الثمن لكان افراده بالبيع (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب فيما تكون الثمرة أو الصوف للمبتاع الظاهر من المذهب ان يكون ذلك بالجد أو الجز وهو الذى يتطرق فى أثناء كلامه لأن بذلك يتم قبضه وانفصاله من المبيع (مسئلة) فان كان النماء غير ظاهر حين العقد فانه لا يخلو أن يكون عينا أو منفعة فان كان عينا فانه على ضربين أحدهما أن يكون من جنس المبيع والثانى أن يكون من غير جنسه فان كان من جنسه كالولد فانه يرد من ذلك مع الام ما كان من الحيوان وقال الشافعى لا يرد شئ من ذلك مع الام والدليل على ما نقوله ان هذا نماء من جنس المبيع فلم يجز امساكه مع رد المبيع بالعيب كالسمن (فرع) فان كان ذلك حاضرا رده مع المبيع وان كان أكله رد قيمته وان باعه رد ثمنه رواه ابن المواز عن ابن القاسم وروى عيسى عن ابن القاسم فى الذى يبيع الشاة حاملا فتلد عند المبتاع ويأكل سخلتها انه بالخيار بين أن يردها وقيمة الولد أو يمسكها ويأخذ قيمة العيب قال وجه ذلك ان قيمة الولد ربما كانت أكثر من قيمة العيب روى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة ان المشترى بالخيار بين أن يردها وما نقصتها الولادة لأنها كانت ترجى

* قال مالك فى الرجل يشترى العبد فيؤاجره بالاجارة العظيمة أو الغلة القليلة ثم يجد به عيبا يرد منه انه يرده بذلك العيب وتكون له اجارته وغلته وهذا الأمر الذى كانت عليه الجماعة ببلدنا وذلك لو أن رجلا ابتاع عبدا فبنى له دارا قيمة بنائها ثمن العبد أضعافا ثم وجد به عيبا يرد منه رده ولا يحسب العبد عليه اجارة فيما عمل له فكذلك تكون له اجارته اذا آجره من غيره لانه ضامن له وهذا الأمر عندنا

يومئذ لولدها أو يمسكها و يأخذ قيمة العيب و وجه رواية ابن المواز انه نماء من جنس المبيع المعيب فوجب أن يتبعه بالرد بالعيب كالسمن ولا يقتضي هذا القول ان حدوث الولد لا يثبت للمبتاع الخيار في الامساك والرجوع بقيمة العيب و وجه قول ابن القاسم في المدنية ان هذا نماء من جنس المبيع فوجب أن يرده أو يمسك ما اشتراه معيبا فاذا اعتد بذلك النماء ثمنا كان له أن يرد ذلك الثمن مع المعيب أو يمسك المعيب ولا شيء له كما كان له ذلك حال وجود ذلك له فهذا الخيار انما يعود الى الامساك والرد فقط وهذا الخيار الذي ثبت له بوجود العيب وان لم تتعين العين المبيعة و وجه قول ابن كنانة ان الولد من جنس العين كالسمن فيثبت به الخيار ولا يجب أن يرد قيمته كما لا يرد قيمة السمن اذا ذهب ولكنه لما دخل الام النقص بالولادة ثبت له الخيار بين أن يمسك و يرجع بقيمة العيب أو يرد و يرد ما نقصتها الولادة فجعل التأثير للولادة لا للولد (مسئلة) وان كان من غير الجنس كالثمرة التي لم تؤبر حين العقد والصوف الذي يثبت بعد العقد فلا خلاف على المذهب انه لا يرد من ذلك شيء مع الاصل وقال زفر يرد جميع ذلك وجه ما قلنا انه نماء من غير جنس المبيع فلم ترد بعد الانفصال كأجرة العمل (فرع) ومتى يكون للمبتاع حكى ابن المواز انه ببدو الصلاح يكون للمبتاع و يرد الاصل دونها وان رد الاصل قبل بدو الصلاح فهي مع الاصل للبائع وللمبتاع ما أنفق و وجه ذلك انها تابعة للاصل ما لم يبد صلاحها فاذا بدا صلاحها فقد ثبت لها حكم الانفصال فهي لمن ظهرت على ملكه وهذا عندي مبني على أن الرد بالعيب نقض للبيع الاول وأما على قول من قال انه نقض للبيع من الاصل فيجب أن يكون للبائع حتى يجده (مسئلة) وأما مال العبد فما كان يوم البيع رد به سيده وكذلك ما وهب له عند المبتاع أو تصدق به عليه أو ربحه في ماله وأما ما وهبه اياه المبتاع أو أفاد من عمل سيده أو ربحه في مال دفعه اياه المبتاع فان للمبتاع امساك ذلك كله و وجه ذلك أن ما كان استفاده من جهة المبتاع فهو مبتاع وما صار اليه من غير جهته فهو مضاف الى ماله الذي كان بيده من جهة المبتاع لأن عمله له بالضمان ص ✱ قال مالك الأمر عندنا فيمن ابتاع رقيقا في صفقة واحدة فوجد في ذلك الرقيق عبدا مسروقا أو وجد بعبد منهم عيبا أنه ينظر فيما وجد مسروقا أو وجد به عيبا فان كان هو وجد ذلك الرقيق أو أكثره ثمنا أو من أجله اشترى وهو الذي فيه الفضل فيما يرى الناس كان ذلك البيع مردودا كله قال وان كان الذي وجد مسروقا أو وجد به العيب من ذلك الرقيق في الشيء اليسير منه ليس هو وجه ذلك الرقيق ولا من أجله اشترى ولا فيه الفضل فيما يرى الناس رد ذلك الذي وجد به العيب أو وجد مسروقا بعينه بقدر قيمته من الثمن الذي اشترى به أولئك الرقيق ✱ ش ان من اشترى رقيقا جملة فاستحق واحد منهم أو وجد به عيب فان كان الذي به العيب له معظم الثمن رد بالعيب جميع الجملة وان لم يكن كذلك رده وحده بما يصيبه من الثمن وكذلك في الاستحقاق إلا أن العيب الذي فيه هل يعتبر لنفسه خاصة أو بجميع الجملة روى ابن المواز عن أشهب ان كان ذلك العيب ينقص الجملة كان له رد ذلك الرأس وحده بالعيب وان كان لا ينقص الجملة لم يرده بالعيب وان كان ينقص أصبعا خاصة واستحسنه ابن المواز و وجه ذلك انه لم يفرد بالبيع فيعتبر العيب في نفسه خاصة وانما بيع مع الجملة فلا يجوز أن يعتبر العيب به وحده كالعضو (مسئلة) وان استحق بعض الجملة فلا بد أن يكون المستحق جزأ شائعا أو غير شائع فان استحق جزء فلا يخلو أن تنقسم الجملة على ذلك الجزء أو لا تنقسم فان انقسمت الجملة على ذلك الجزء كالمكيل والموزون والمعدود فهو على حسب ما قدمناه من العيب يوجد بالقليل من الجملة أو

✱ قال مالك الأمر عندنا فيمن ابتاع رقيقا في صفقة واحدة فوجد في ذلك الرقيق عبدا مسروقا أو وجد بعبد منهم عيبا انه ينظر فيما وجد مسروقا أو وجد به عيبا فان كان هو وجد ذلك الرقيق أو أكثره ثمنا أو من أجله اشترى وهو الذي فيه الفضل فيما يرى الناس كان ذلك البيع مردودا كله وان كان ذلك الذي وجد مسروقا أو وجد به العيب من ذلك الرقيق في الشيء اليسير منه ليس هو وجه ذلك الرقيق ولا من أجله اشترى ولا فيه الفضل فيما يرى الناس رد ذلك الذي وجد به العيب أو وجد مسروقا بعينه بقدر قيمته من الثمن الذي اشترى به أولئك الرقيق

معظمها في التخيير ان كان ذلك الجزء معظم الجملة كان للمبتاع في الاستحقاق امساك الباقي بما يصيبه من الثمن أو رده والرجوع بجميع الثمن وان كان الجزء أقل من الثمن الجملة أو اليسير منها لزمه الباقي بما يصيبه (مسئلة) وان كان الجزء المستحق لا تنقسم عليه الجملة فهو مخير بين أن يمسك الباقي بما يصيبه من الثمن أو يرده قل ذلك أو كثر لأنه يدخل عليه مضرة الشركة في آحاد تلك الجملة

(فصل) فان استحق جزء غير شائع فلا بد أن يكون مما الغرض في مبلغه دون اعيانه كالمكيل والموزون والمعدود أو يكون مما الغرض في اعيانه كالثياب والحيوان فان كان مما الغرض في سلعته فلا يخلو أن يكون ذلك المستحق منه مقدار نصفه أو أقل أو أكثر فان كان أكثر من النصف كان له رد الباقي على ما قدمناه وان كان أقل من النصف لزمه الباقي بحصته من الثمن وان كان النصف ان سواء فهل يكون له الرد أم لا قال ابن القاسم له الرد وقال أشهب يلزمه النصف الثاني بنصف الثمن وجه ما قاله ابن القاسم ان هذا مما لا غرض في أعيانه وانما الغرض في مبلغه وانما اشترى بجملته فاذا استحق النصف فقد ذهب المقصود منه فثبت له الرد ووجه ما قاله أشهب أن استحقاق نصف المبيع يلزم به النصف الثاني كالعبدين المتكافئين (مسئلة) فان كان مما الغرض في عينه فلا اعتبار بقيمته دون عينه فان استحق بعض آحاد الجملة فلا يخلو أن يكون ما استحق منه النصف أو أكثر أو أقل فان كان استحق ما قيمته النصف فقد قال ابن القاسم في العبدين المتساويين يجد المبتاع بأحدهما عيبا رده وأخذ ما يصيبه من الثمن وكذلك الاستحقاق وهو قول أشهب ويلزمه الباقي بنصف الثمن وكذلك ان استحق ما قيمته أقل من النصف فعلى قول ابن القاسم لا يلزمه السالم من هذا النوع حتى تكون قيمته أكثر من النصف ويلزمه في المكيل والموزون اذا كانت قيمته النصف (مسئلة) فان استحق ما قيمته أكثر من النصف فهل يرد الجميع المشهور من المذهب أن له رد الجميع وقال أشهب فيمن اشترى عشر شياه فوجد تسعة أن الواحدة تلزمه بما ينوبها من الثمن فان لم تكن قيمتها تخالف قيم غيرها فهو خلاف المذهب ولعله قد تعلق ذلك بأن ضرورة الشركة منتفية عنها (فرع) فاذا قلنا برد الباقي فهل له الخيار بين الامساك والرد أم لا قال ابن القاسم وأشهب ليس له أخذ الباقي بما يلزمه من الثمن لانه الآن ابتياع بثمن مجهول لان ما يصيبه من الثمن مجهول وقال ابن حبيب له ذلك في الاستحقاق والعيب اذا تراضى المتبايعان لان العقد قد كمل على صحة ومعرفة بالثمن فلا اعتبار بجهلهما بالثمن عند الحكم كما لو استحق النصف أو أقل من النصف قال وهذا بخلاف من ابتاع جاريتين فهلكت العليا في المواضعة فانه ليس له أخذ الادون بما يصيبها من الثمن لان البيع لم يكن كمل فيها وهذا الذى قاله ابن حبيب ظاهر ولابن القاسم وأشهب مسائل تقتضيه لانه لا خلاف في المذهب ان من ابتاع جارية فحدث بها عنده عيب مفسد ثم اطلع على عيب قديم انه بالخيار بين أن يمسكها ويسقط عنه قدر العيب من ثمن الجارية وبين أن يردها وقيمة العيب الحادث عنده فاذا اختار الامساك فقد أمسكها بثمن مجهول ولم يمنع ذلك صحة العقد (مسئلة) وسواء قوبلت الجملة بثمن واحد أو قوبل كل عين منها بثمن مسمى فانه ينظر الى قيمتها ولا يعتبر بتلك التسمية لان التسمية حين العقد لا تشاح فيما يزيده في أثمان بعضها وينقصه من سائرها وأما حين الرد بالعيب فيجب أن يتحرى في قيمتها (مسئلة) وحكم هذه المسائل كلها في الرد بالعيب على حسب ما ذكرناه في الاستحقاق الا أن يجد ببعض الجملة عيبا والمبيع مما الغرض في معيبه فان أراد أن يأخذ المبتاع السليم بحصة من الثمن لم يكن له ذلك الا برضا البائع فان شاء البائع أن يلزمه ذلك وأبى هو لزمه اذا كان المعيب قليلا ولم يلزمه اذا كان كثيرا وان

كان الغرض فى أعيان المبيع وكان العيب بأقله فان للمبتاع أخذ السليم بحصته من الثمن وان كره ذلك البائع ووجه ذلك ان المكيل والموزون الغرض فى مبلغه فيحمل سالمه معيبه ففى أخذ السليم دون المعيب اضرار بالبائع وما كان الغرض فى أعيانه كالرقيق والثياب فانه لا يقصد منه الكثير ولا يراد منه الاعيان فلا مضرة عليه فى اقراره السليم بما يصيبه من الثمن

﴿ مايفعل بالوليدة اذا بيعت والشرط فيها ﴾

﴿ مايفعل بالوليدة اذا بيعت والشرط فيها ﴾ * حدثنى يحيى أن مالك عن ابن شهاب أن عبيد الله بن عتبة بن مسعود أخبره أن عبدالله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه انك ان بعتها فهى لى بالثمن الذى تبيعها به فسأل عبدالله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر بن الخطاب لاتقربها وفيها شرط لأحد

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب ان عبيدالله بن عتبة بن مسعود أخبره ان عبدالله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه انك ان بعتها فهى لى بالثمن الذى تبيعها به فسأل عبدالله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر بن الخطاب لاتقربها وفيها شرط لاحد ﴾ ش ظاهر قوله وشرطت عليه انك ان بعتها فهى لى بالثمن يقتضى ان ذلك كان فى نفس العقد على وجه الشرط ولم يكن على وجه التطوع منه بعد كمال العقد وهذا يسميه العلماء الثنيا ويسمون البيع المنعقد بهذا الشرط بيع الثنيا وهو بيع فاسد مع النقد لان الثنيا فى البيع لاتخلو أن تكون غير مؤقتة أو مؤقتة فان كانت غير مؤقتة مثل أن يقول له المبتاع متى جئت بالثمن رددت عليك المبيع أو يقول له متى أردت بيعها رددتها عليك بالثمن الذى أعطى بها أو بالثمن الذى اشتريتها به فهذا كله غير جائز والأصل فى ذلك ماروى أبو الزبير عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والمزابنة ورخص فى العرايا ومن جهة المعنى ان البائع يقبض الثمن من المبتاع على وجه البيع ثم يرده اليه متى شاء فيكون تارة مبيعا وتارة سلفا علل ابن القاسم بهذا وعلل سحنون بأنه سلف يجر منفعة وذلك انه يسلفه الثمن لينتفع هو باستغلال المبيع وقد يعترض على التعليلين ان فى البيع والسلف يتميز السلف من الثمن وذلك معدوم فى مسئلتنا ولو قال يكون تارة بيعا وتارة سلفا لكان أقرب ولعل ابن القاسم قد أراد ذلك وماقاله سحنون انه سلف جر منفعة فيه نظر أيضا لان السلف يرد على كل حال وهذا للبائع أن لا يرتجع فلا يكون سلفا وله أن يرتجع فيكون سلفا والفرق بين التعليلين ان البيع والسلف من اشتراط السلف أن يتركه ويجوز البيع قبل الغيب على السلف ولم يجوز ذلك سحنون فى هذه المسئلة منع أن يكون بيعا وسلفا وقال هو سلف يجر منفعة والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان هذا فى الاقالة وذلك أن يسئل المبتاع البائع أن يقيله فيقول البائع أقيلك على أنك ان أردت بيعه فأنا أولى به بالثمن فيقيله على ذلك ثم يبيعه المبتاع روى أشهب عن مالك ان المقيل أحق بالثمن الذى باعه به المقال ولا تفسخ الاولى ووجه ذلك ان الاقالة باب من المعروف يخالف البيع الذى هو مبنى على المكايسة والمغابنة ولو شرط اذا أقاله أن يكون له بالثمن الاول فروى سحنون عن ابن القاسم انه ان علم به انتقال البيع فبيعه مردود وان لم يكن كذلك وطال فبيع المستقيل نافذ كالذى سأل زوجته وضع صداقها فقالت أخاف الطلاق فقال لا أفعل فوضعته ثم طلقها فان كان بقرب ذلك فلها الرجوع وان كان بعد طول الزمان بالايتهم فيه أن يكون خدعها فلا رجوع لها * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وجه هذا عندى أن المسئلة مبنية عنده على أن الاقالة فسخ وليست بعقد بيع ولذلك احتج عليها بالطلاق الذى ليس بتمليك وانما هو ازالة ملك فلا يؤثر فيه مالا يصح من الشروط وعلى قولنا بأن الاقالة بيع من البيوع يفسدها مايفسد البيوع ويصححها مايصحح البيوع وعلى حسب ماقاله ابن القاسم فى غير موضع يجب أن لاتصح الاقالة

ويفسدها هـذا الشرط لانه يمنع المقال من صحة ملك انتقل اليه بالاقالة (مسئلة) وأما اذا ضرب الى ذلك أجـل أونقـد الثمن فقال ان جئتنى الى أجل كذا وكذا فهو لك رد عليك فهذا أيضا لا يجوز ويدخله ما يدخل غير المؤجل من البيع والسلف فان نقده الثمن فقال ان لم تأت به الى وقت كذا وكذا فقد وجب البيع فجاء بعـد ذلك البائع ثبت البيع وقال ابن القاسم صار البيع جائزا وقد كان حراما وقال محمد وكذا اذا رضى المشترى وقد فسخنا الأول ولعله رآه من بيع الشروط التى ان ترك الشرط مشترطه مضى البيع لقول ابن القاسم قد كان البيع حراما يدل على فساد العقد الاول لأن نقـده ثمنا على أنه ان رد المبيع كان سلفا وان أمضاه كان بيعا ثم تأول ابن المواز اجازته له بعـد ذلك واحتمل عنـده وجهين أحدهما أن يكون هـذا الشرط يجوز أن يسقط من شرطه ليصح العقد كالسلف والبيع وهذا لا يصح الا بأن لا يغاب على الثمن حتى يسقط عند ابن القاسم والوجه الثانى أن يكون قد فسخا العـقد الأول وسنذكر حكمه بعد هـذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما ان تطوع المبتاع بعـد كمال العقد وملكه للبيع فقال أصبغ اذا سلما من مداهنة أومواعدة فذلك جائز ضرب بالذلك أجلا أولم يضرب باه الا فى الاماء لما يحذر فيه من اعارة الفرج فان أطلق ذلك أوضرب له أجلا بعيدا لم يصح ولم يلزم هـذا الشرط الا أن يدرك ذلك المشروط بحرارة الأمر لعله يريد عنـد قوله ذلك وقبـل أن يغيب عليها و يمكنه وطؤها فان ضرب بالذلك أجـلا أقرب من مدة خروجها من الاستبراء فذلك لازم لانه قد سلم مما خفناه و يجب أن يلحق بذلك من لا يجوز للمبتاع وطؤه من ذوات محارمه من الاماء (فرع) اذا ثبت ذلك فلا يخلو فيما تطوع فيـه بالثنيا من أن يضرب له أجلا أولا يضرب له أجلا فان ضرب له أجلا فليس له أن يحـدث فيه شيأ يقطع به ذلك الى منتهى الأجل وان لم يضرب لذلك أجـلا فامن جعل له ذلك القيام بالثنيا متى كانت فى ملك الذى جعلها له وان خرجت عن ملكه سقط ذلك ووجه ذلك ان الثنيا انما هى على وجـه المعروف والاطلاق فى ذلك لا يتعذر ولا يجوز أن يمنع المالك من التصرف التام فاذا ألفاه عنده كان له ثنيا وان خرج عن ملكه لم يكن له ابطال تصرفه فيه بالبيع أوالهبة

(فصل) وسؤال ابن مسعود عمر بن الخطاب رضى الله عنهـما عن هذه القضية وهو من أهل العلم والاجتهاد يحتمل معانى احداها أن يكون خفى عليه حكمها وأراد أن يقلده فيها على رأى من رأى أن للعالم أن يقلد من هو أعلم منه و يحتمل أن يكون أراد أن يبين له وجها حتى يعلم عبد الله بن مسعود حكمها بالدليل الذى يرشـده اليه ويحتمل أن يسأله عن ذلك مع معرفته بحكمها ليعلم موافقتـه له فيها أومخالفته

(فصـل) وقول عمر لا تقربها وفيها شرط لأحـد قال أبو مصعب فى المبسوط معنى ذلك لا تبتعها وفيها شرط لاحد ومعنى ذلك لا تشترها بهـذا الشرط وهذا يقتضى منعه من هذا الابتياع لفساده ورواه عن مالك و يحتمل عندى أن يريد به لا تقربها فى الوطء مع بقاء هذا الشرط فيها ويكون حكم العقد فى الفساد والصحة مسكوتا عنه ص * مالك عن نافع عن عبـد الله بن عمر انه كان يقول لا يطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها وان شاء أمسكها وان شاء صنع بها ما شاء * ش قوله رضى الله عنه لا يطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها منع من وطئها الا مع هذه الشروط وهذا يقتضى أن كل بيع لا يشبه هـذه الشروط فاسد لان ملك اليمين يبيح الوطء ان لم يمنع من ذلك مانع بحرمة أوغيرها فان لم يبح ذلك بوجه لم يكن ملـكا تاما ووجه فساد العقد ان ما يشترط

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لا يطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها وان شاء أمسكها وان شاء صنع بها ما شاء

البائع على المشترى فى البيع على ضربين أحدهما لا يقع الا بعد انقضاء ملك المبتاع للمبتاع كبيع العبد والأمة واشتراط الولاء فبل هذا الشرط لا يثبت ولا يفسد العقد لانه قد سلم فيه الملك من حق البائع فلم يؤثر فسادا فى البيع وشرط عليه مالا يملكه المبتاع فلا يثبت الشرط (مسئلة) والثانى أن يشترط عليه فى البيع مايقع فى مدة ملك المبتاع للمبيع وذلك على ثلاثة أضرب أحدها أن يشترط البائع فى المبيع منفعة لنفسه والثانى أن يشترط على المبتاع ايقاع معنى فى المبيع والثالث أن يشترط عليه منعا من تصرف عام أو خاص فأما اذا اشترط منفعة فى المبيع فمثل أن يبيع دارا ويشترط سكناها أو دابة ويشترط ركوبها أو غلاما ويشترط خدمته أو ثوبا ويشترط لبسه وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما الضرب الثانى وهو أن يشترط المبتاع ايقاع معنى فى المبيع فعلى وجهين أحدهما أن يشترط ايقاع معنى من معانى البر والثانى أن يشترط ماليس برا فأما الأول مثل أن يشترط عليه فى العبد العتق أو التدبير أو فى الأمة الاستيلاد فان ذلك ينقسم على قسمين أحدهما أن يشترط عليه من ذلك مايتعجل مقصوده كالعتق المعجل والقسم الثانى أن يشترط عليه مايتأجل مقصوده كالاستيلاد والتدبير والعتق المؤجل والكتابة فأما اشتراط العتق المعجل ومايتعجل مقصوده بأثر العقد فهو جائز لبعده عن الغرر وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز بيع الرقيق بشرط العتق والدليل على مانقوله ان هذا بيع يجب به العتق فلم يمنع ذلك صحة البيع كبيع الآبق من أبيه (مسئلة) فاذا ثبت ذلك فان أراد المبتاع التمسك بالعبد وامتنع من انفاذ العتق فاختلف أصحابنا فى ذلك فقال أشهب يجبر على العتق وقاله ابن كنانة فى المدنية وزاد ولو رضى البائع بذلك لم يكن له ذلك ولم ينتفع بقول البائع فى هذا ويعتق عليه قال ابن القاسم ان كان اشتراه على ايجاب العتق فهو حر وان كان اشتراه من غير ايجاب عتق لم يجبر على عتقه وجه ماقاله أشهب قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وهذا قد عوقد على العتق فهو مأمور بان يفى به ومن جهة المعنى أن هذا شرط جائز اشترطه البائع فى المبيع فلم يكن للمبتاع نقضه كما لو شرط فيه استخدام يوم أو يومين ووجه قول ابن القاسم ان العتق ليس بحق للبائع فليس له الخيار على ابتداء ايقاعه كما لو لم يشترط ذلك (فرع) والايجاب عند ابن القاسم أن يقول ان اشتريته منك حر وان لم يقل ذلك وانما شرط أن يستأنف عتقه بعد كمال ملكه فليس بايجاب فاذا قلنا فى ذلك برواية ابن القاسم فان شح البائع فوجد العبد لم يفت كان بالخيار بين أن يمضيه للمبتاع دون شرط وبين أن ينقض البيع وقد تقدم من قول ابن كنانة ليس للبائع ترك العتق وان كان قد فات فله الرجوع عليه بما وضع له من الثمن بسبب الشرط * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى هذا عندى أن يقوم بهذا الشرط ويقوم دونه ويرجع من الثمن بما بين القيمتين وبما ذكر يفوت هذا العبد قال ابن القاسم تفيته حوالة الأسواق بما زاد وقال أصبغ لا تفيته حوالة الأسواق ولا التغير اليسير فى البدن (مسئلة) وأما مايتأجل مقصوده كالتدبير والوصية بعتقه أو الكتابة فان الشرط يبطل ويبطل العقد مالم يفت ووجه ذلك انه أجل المقصود من المستثنى فى العبد الى أجل بعيد فوجب أن يبطل البيع كما لو شرط أن يستخدمه يوما بعد عام

(فصل) وأما ان شرط على المبتاع ايقاع ماليس ببر مثل أن يشترط عليه بيعها أو الخروج بها الى بلد معين أو يشترط عليه المنع من التصرف فيها مثل أن يشترط عليه أن لا يبيعها أو لا يهبها ولا يتصدق بها ولا يشترى أو لا يستخدم خدمة معينة فهذا كله لا يجوز فان وقع فقد روى محمد عن مالك يبطل

البيع الا أن يترك المشترط ماشرط ورروى ابن نافع عن مالك ليس له اسقاط الشرط ويفسخ العقد مالم يفت ورروى داود بن جعفر عن مالك فى المدنية لايجوز ذلك فى شئ من السلع لما يحدث فى ذلك من الدين والحاجة تنزل بالمبتاع ووجه ذلك ماقدمناه فلذلك كان عبد الله بن عمر يقول لايطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء أمسكها وان شاء وهبها لانه اذا لم يكن له التصرف فيها بذلك كله فلكه عليها غير صحيح فلا يحل له وطؤها بملك اليمين الا انه اذا لزمته القيمة فيها بالفوات جاز له وطؤها حينئذ لانه قد تقرر ملكه عليها فان وطئها قبل أن تفوت عنده ويصح ملكه عليها كان ذلك فوتا للبيع الفاسد على ماسنذكره بعد هذا ان شاء الله (مسئلة) ومن ابتاع جارية فقال له أبو الجارية ابتعها وأنا أعينك فى ثمنها بكذا وكذا دينارا على أن تحبسها ولا تبيعها فأخذ ذلك من أبيها ثم ابتاعها على هذا الشرط فان البيع قد سلم مما يكره وان أراد أن يبيعها رد على أبيها ماأخذ منه قاله ابن كنانة فى المدنية ورواه عيسى عن ابن القاسم ص ﴿ قال مالك فيمن اشترى جارية على شرط أن لايبيعها ولا يهبها أوما أشبه ذلك من الشروط فانه لاينبغى للمشترى أن يطأها وذلك انه لايجوز له أن يبيعها ولا أن يهبها فان كان لايملك ذلك منها فلم يملكها ملكا تاما لانه قد استثنى عليه فيها ماملكه بيد غيره فاذا دخل هذا الشرط لم يصلح وكان بيعا مكروها ﴾ ش وهذا كما قال ان من ابتاع جارية على شرط من هذه الشروط فان ملكه لم يتم فيها والبيع مقتضاه الملك التام فاذا شرط عليه فيه مايمنعه صحة الملك وجب أن يفسده كاشتراط عدم التسليم ولا يلزم على هذا العتق فان العتق اذا كان معجلا لم يكن له الوطء وان كان مؤجلا لم يجز العقد وقد تقدم بسط القول فى ذلك كله (مسئلة) وهذا ان شرط أن لايبيعها جملة وأما ان شرط أن لايبيعها ولا يهب ولا يعتق حتى يعطيه الثمن فقد روى داود عن مالك فى المدنية أن ذلك جائز فى العبد والوليدة وسائر السلع وله أن يرتهن الغلام أو السلعة ويحوزها بما يحاز به المرهون على يدى عدل وروى ابن المواز عن مالك جواز ذلك فى السلع وقال محمد وهذا فى مثل الأجل القصير اليوم واليومين استحسان أيضا وأما ماطال أو الى غير أجل فلا خير فيه وروى ابن أبى زمنين عن على بن زياد عن مالك لابأس بذلك فى العبد والأمة والوليدة وسائر السلع اذا كان الثمن الى أجل معلوم لانه بمنزلة الرهن وقال ابن القاسم فى الموازية اذا اشترط فى شئ من السلع أن لايبيع ولا يهب حتى يقبض الثمن فلا خير فى هذا البيع وجه قول مالك مااحتج به من أن لها حكم الرهن اذا جاز له أن يرتهن غير المبيع جاز أن يرتهن المبيع مع أن المبتاع قادر على التصرف فيها بان يقضى الثمن ووجه آخر ان هذا بيع فجاز للبائع أن يمنع المبتاع من المبيع حتى يدفع اليه الثمن كبيع النقد ووجه قول ابن القاسم انه شرط يمنع المبتاع من التصرف فى المبيع المدة البعيدة التى لايجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب أن يمنع ذلك صحة البيع كما لو شرط ذلك بعد الانتفاء (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فقد روى داود بن دينار عن مالك أن للبيع حكم الرهن وللبائع أن يرتهن الغلام أو السلعة ويحوزها بما يحاز به المرهون على يدى عدل وان قلنا بقول ابن القاسم ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن شرط ذلك فى بيع سفينة يفسخ البيع مالم يفت فان فات مضى البيع ولم يرد

(فصل) وقوله لايجوز له أن يبيعها ولا يهبها يحتمل أن يكون مبنيا على أن البيع الصحيح لايفيت البيع الفاسد ويحتمل أن يريد أن الشرط يمنع من ذلك فهو ممنوع الا انه ان أوقعه فات به البيع كوطء الأمة

* قال مالك فيمن اشترى جارية على شرط أن لا يبيعها ولا يهبها أوما أشبه ذلك من الشروط فانه لاينبغى للمشترى أن يطأها وذلك أنه لايجوز له أن يبيعها ولا أن يهبها فان كان لايملك ذلك منها فلم يملكها ملكا تاما لانه قد استثنى عليه فيها ماملكه بيد غيره فاذا دخل هذا الشرط لم يصلح وكان بيعا مكروها

﴿ النهى عن أن يطأ الرجل وليدة ولها زوج ﴾

﴿ النهى عن أن يطأ الرجل وليدة ولها زوج ﴾ * حدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب أن عبد الله ابن عمر أهدى لعثمان بن عفان جارية ولها زوج ابتاعها بالبصرة فقال عثمان لا أقربها حتى يفارقها زوجها فأرضى ابن عمر زوجها ففارقها

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أن عبد الله بن عمر أهدى لعثمان بن عفان جارية ولها زوج ابتاعها بالبصرة فقال عثمان لا أقربها حتى يفارقها زوجها فأرضى ابن عمر زوجها ففارقها ﴾ ش قوله أن عثمان رضى الله عنه قال لا أقربها حتى يفارقها زوجها يريد أن استباحة الوطء بالنكاح مقدم على استباحته بملك اليمين لان الوطء مقصود النكاح ومقتضاه ولذلك لا يجوز أن ينعقد على من لا يستباح وطؤها وليس كذلك ملك اليمين فان الوطء مقصوده ولذلك يجوز أن يملك من لا يحل له وطؤها ولذلك من كانت له أمة لها زوج لم يحل له وطؤها لان الزوج املك باستباحة بضعها فحرمت على السيد

(فصل) وقوله ابتاعها بالبصرة ظاهره أنه انما ابتاعها ذات زوج ويحتمل أن تكون ذات زوج حين الهدية وانها حين البيع لم تكن ذات زوج غير ان اللفظ فى المعنى الاول أظهر وذلك يقتضى ان بيع الأمة لا يكون طلاقا وعلى هذا جماعة الفقهاء الامايروون عن عبد الله بن عباس انه قال بيع الأمة طلاق

(فصل) وقوله فارضى ابن عمر زوجها ففارقها يقتضى ان السيد لا يملك فسخ نكاحها لان الزوج قد ملك بضعها وسواء كان السيد هو العاقد أو غيره وانما أراد ابن عمر بمفارقة الزوج لها ان يستبيحها عثمان وذلك لا يكون الا بعد مفارقة الزوج لها وانقضاء عدتها منه فارضاه بمال أعطاه اياه أو غيره على ان فارقها لان عصمة الزوج لا تزول عنها الا بوفاة أو طلاق أو فسخ وقد ذكرنا كل نوع من ذلك فى كتاب العدة بما يغنى عن اعادته الا اننا نذكر منه هنا ما يتعلق بالاستبراء الذى يبيحها للسيد وذلك ان عدة الأمة فى وفاة زوجها شهران وخمس ليال تتخللها حيضة فان كانت عند السيد المبتاع لها من أول العدة أجزأه ذلك من استبرائها وان اشتراها فى أثناء العدة فاستبراؤها أقصى الأجلين الحيضة أو انقضاء الأيام (فرع) وأما اذا ثبت ذلك وكانت براءتها فى حقه الحيض أو بدله لمن تأخر حيضها على ما تقدم وذلك لمن ارتفع حيضها ثلاثة أشهر أو تسعة أشهر على الروايتين فى ذلك ويعتد بهما من يوم الشراء ويدخل فيهما شهران وخمس ليال (مسئلة) وأما الطلاق فلا يخلو أن يكون باعها غير زوجها أو يكون باعها زوجها فان كان باعها غير زوجها وقد طلقها الزوج فان كانت بقيت جميع عدتها وهى حيضتان فلا يستبيحها الذى اشتراها حتى تحيضهما لان ذلك حق الزوج وان كانت بقيت حيضة واحدة استباحها السيد بوجودها لان فى ذلك تمام عدة الزوج واستبراء المشترى (مسئلة) فان كان البائع هو الزوج فلا يخلو أن يكون أصابها بملك النكاح أولا أو لم يصبها فان كان أصابها بملك النكاح ثم استبرأها ثم باعها قبل أن يصيبها بملك اليمين فالعدة فيها من وقت الشراء لان النكاح انفسخ بعقد الشراء وكم عدتها عن مالك فى ذلك روايتان فالمشهور ان عدتها حيضتان وروى عنه حيضة واحدة والاول أصح لان عقد الملك يؤثر فى عقد النكاح ولا يؤثر فى الاصابة وانما يؤثر فيه ويزيل حكمه الاصابة بملك اليمين (فرع) واذا قلنا ان عدتها حيضتان فان كان المشترى من الزوج اشتراها قبل أن تحيض الحيضتين أو بعد ما حاضت احداهما ففى الحيضة الثانية ما ينقضى به استبراؤه لها (مسئلة) فان أصابها بملك اليمين ثم باعها فقد بطل حكم النكاح وصار حكمها حكم الاماء الاستبراء فى حق البائع والمشترى (مسئلة) فاما وضع الحمل فانه يكمل به الاستبراء وعدة الوفاة

والطلاق لا يترقب شئ عنده لان الاستبراء بالحيض والشهور انما هو من أجل توقع الحمل فاذا ظهر الحمل فلا براءة الا بوضعه فاذا وضعته لم يتوقع غيره لانه قد تيقن بوضعه البراءة من غيره ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ان عبد الرحمن بن عوف ابتاع وليدة فوجدها ذات زوج فردها ﴾ ش قوله انه وجد الأمة ذات زوج فردها يقتضى أن ذلك عيب فيها وقد تقدم ذكره وادخال مالك رحمه الله هذا الحديث فى هذا الباب بمعنى ان الزوج يمنع السيد من الوطء وهو من بعض العيوب التى يؤثر فيها الزوج

﴿ ماجاء فى ثمر المال يباع أصله ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترط المبتاع نهى البائع والمشترى ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم من باع نخلا قد أبرت التأبير فى النخل هو التلقيح قال صاحب العين أبرت النخل أؤبرها أبرا وأبرتها لقحتها وقال الخليل الأبر لقاح النخل يقال أبرها أبرا اذا لقحها والتلقيح أن يؤخذ طلع ذكر النخل فيعلق بين طلع الاناث وقال ابن حبيب التأبير أن يشق الطلع عن الثمرة وقال مالك قال الله تعالى وأرسلنا الرياح لواقح فاذا تم اللقاح فسقط ما سقط وثبت ما ثبت فحينئذ تكون الثمرة للبائع باطلاق العقد والتأبير على هذا اصلاحها اللقاح فاذا انفتحت وانعقد النور فيها فيما ينور فقد تم اللقاح وثبت حكم التأبير واذا انشق طلع قبل ابانه فتأخر تأبيره وقد أبر عنده ممن حاله مثل حاله فحكمه حكم ماأبر (مسئلة) وماعدا النخل من سائر الأشجار فالتأبير فيه ماقدمناه ذكره وفى التين وما لا زهر له أن تبرز جميع الثمرة عن موضعها ظاهرة وتتميز عن أصلها فهذا بمنزلة التأبير فيها لانه حينئذ يظهر ويتبين حاله وكثرته وقلته والتأبير فى النخل التى لا تؤبر أن تبلغ مبلغ الابار فى غيرها وأما الزرع فاباره أن يفرك فى رواية ابن القاسم وروى عنه أشهب ان اباره ظهوره من الارض وجه رواية ابن القاسم ان الثمر هو الحب فوجب أن يكون ابارها بذهاب زهرها وانعقادها ووجه رواية أشهب ان الأصل هو الارض والذى ينفصل منه هو الزرع فوجب أن ينفصل عنه فى البيع بالظهور كالثمرة مع الشجر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فثمرتها للبائع يريد انها بمطلق العقد تكون للبائع وقال ابن أبى ليلى هى للمشترى والدليل على مانقوله قوله صلى الله عليه وسلم فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع ومن جهة القياس ان هذا ظاهر متميز فلم يتبع الأصل بمطلق العقد كالجنين بعد الولادة (مسئلة) اذا ثبت انها للبائع بمطلق العقد فليس للمشترى اجباره على نقل ثمرته قبل أوان جدادها وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة له ذلك والدليل على مانقوله ان هذا استحقاق بقيد على أرض فيها زرع للمستحق عليه فلم يجبر على نقله قبل أوانه كالشفعة (مسئلة) فان أبر بعضه دون بعض فلا يخلو أن يكونا متساويين أو يكون أحدهما أكثرهما فان كانا متساويين فقد قال مالك ماأبر للبائع ومالم يؤبر للمبتاع وقال محمد بن دينار ماأبر تبع مالم يؤبر وذلك كله للمبتاع وقال سحنون فى العتبية عن ابن القاسم يقال للبائع اما ان تسلم جميع الثمرة والا فسخ البيع وان رضى المبتاع بالنصف وجه قول مالك ان النخل مما يمكن تبعيضه ونماء كل شئ من ذلك متميز وقد تساويا فلم يكن أحدهما تبعا للآخر فكان لكل قسم حكم نفسه ووجه القول الثانى ان كان قاله فى المتميز أن فضل الثمرة ومعرفة تساويهما أمر يبعد فوجب أن يكون مايجوز استثناؤه تبعا لما لا يجوز استثناؤه (مسئلة) وهذا اذا أبر بعض

وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ان عبد الرحمن بن عوف ابتاع وليدة فوجدها ذات زوج فردها

﴿ ماجاء فى ثمر المال يباع أصله ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد ابرت فثمرها للبائع الا أن يشترط المبتاع نهى البائع والمشترى

النخل وبقي بعضها لم يؤبر فاما اذا كانت النخل في حين تأبيرها وكان بعض ثمرتها قد كمل ذلك فيها وبعضها لم يكمل وكان في سائر الثمار قد ظهر بعض الثمرة وبعضها لم يظهر فروى ابن حبيب ان ذلك للبائع وروى ابن المواز أن ذلك لا يجوز الا أن يشترط الثمرة المبتاع وجه رواية ابن حبيب ان هذا معنى ينقل حكم الثمرة في جواز فصلها عن الأصل بالبيع فوجب أن يكون ظهور بعضه كظهور جميعه في ذلك الحكم أصله الازهاء ووجه رواية ابن المواز انه اذا كان لما لم يؤبر حكم يخالف حكم ما أبر وكانا متساويين ولم يكن أحدهما تبعا للآخر لم يجز في ذلك مطلق العقد لانه لا يتميز به حق المبتاع من حق البائع ولا يجوز أن يشترط البائع نصيب المبتاع لانه لا يجوز أن يشترطه البائع ما لم يؤبر فلم يبق الا أن يشترط نصيب البائع لانه مما يجوز أن يشترط (مسئلة) فان كان أحد الأمرين أكثر فعن مالك في ذلك روايتان احداهما ان القليل تبع للكثير والثانية انه بمنزلة التساوي

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الا أن يشترطها المبتاع يريد فلا يكون حينئذ للمبتاع بمقتضى الشرط ولا نعلم في جواز ذلك خلافا اذا ابتاعها بغير الطعام والشراب فان ابتاعها بطعام أو شراب فالمشهور من المذهب أن ذلك لا يجوز أبرت الثمرة أم لم تؤبر الا أن يجدها قبل أن يفترقا قال محمد بن مسلمة في المبسوط ان ذلك جائز أبرت أم لم تؤبر ما لم يبتدئ صلاحها وجه القول الأول ان هذا طعام بطعام غير متنجز القبض وانما راعى في فساد العقد ما يؤول اليه لا ما هو عليه حين العقد يدل على ذلك أن من اشترى قصيلا لحصده قبل أن يصير فيه الحب صح شراؤه وأما ان أبقاه حتى صار حبا فسد فيه البيع وروعي فيه المآل ولو روعي فيه ما كان عليه يوم العقد لصح البيع ولم يفسد لانه لم يكن يوم شرائه الا قصيلا أو عشبا ووجه القول الثاني ما احتج به محمد بن مسلمة ان الطلع بمنزلة جمار النخلة ما لم تؤبر فاذا أبرت فداخل في عموم قوله فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع ولم يفرق بين ابتياعها بطعام أو غيره (مسئلة) وان اشترط من الثمرة المأبورة أقل من قدر ما اشتراه من النخل مثل أن يشتري منه جميع النخل ويشترط نصف ثمرتها فقد قال مالك لا يجوز ذلك في الثمرة ولا في مال العبد وحلية السيف وروى سحنون عن أشهب جوازه في ثمرة النخل ومال العبد وجه قول مالك انه انما يجوز استثناؤه على وجه التبع وأما أن يكون مقصودا فذلك غير جائز واذا استثنى بعض ذلك علم ان الثمرة مقصودة بالعقد قد لحقتها المغابنة والمكايسة ووجه قول أشهب ان ما جاز أن يشترط جميعه في العقد جاز أن يشترط بعضه كاصل آخر (مسئلة) فان لم يشترطه في حين العقد ثم أراد أن يلحقه بالعقد فقد اختلف أصحابنا فيه فروى أشهب عن مالك أن ذلك جائز في مال العبد وثمرة النخل ورواه معه ابن القاسم وروى أشهب عنه أيضا انه لا يجوز فيهما وبه قال المخزومي وابن دينار وأجازه أشهب في الثمرة دون مال العبد ورواه أيضا عن مالك فاما اجازة ذلك بعد العقد فانه مبني على ان ما بعد العقد يلحق بالعقد وهذه المسئلة جائزة وان قلنا انه لا يلحق بالعقد فيجب أن لا تجوز هذه المسئلة ووجه التفرقة بين مال العبد وثمرة الشجرة على رأي أشهب ان مال العبد ينتقل بكمال العقد فيه دون شرط الى حاله لا يجوز استثناؤه عليها في أصل العقد لانه ينتقل الى ملك البائع والثمرة باقية على الحالة التي كان يجوز اشتراطها للمبتاع مع الأصل فلذلك جاز له أن يلحقها بالعقد (مسئلة) فان اشترى الأصل والثمرة في صفقة واحدة ثم استحق الأصل فقد قال ابن حبيب ان كان ذلك في زرع فاستحقت الأرض فسخ البيع ما لم يستحصد الزرع ولو استحصد قبل الاستحقاق تم فيه البيع وهو للمبتاع وكذلك الثمرة في استحقاق الأجل ووجه ذلك عندي والله أعلم انه لم يمض على هذه الثمرة وقت وهي

فيه بصورة ما يفسد فيه البيع لانها كانت قبل بدو صلاحها بصورة ما يجوز بيعه لاعتقاد المتبايعين أنها تبع للاصل الذى بيعت معه فلما بدا صلاحها كانت بصفة ما يصح افراده بالبيع فلم يفسد معها استحقاق الأصل وافرادها منه ولو استحق الأصل قبل بدو صلاح الثمرة لفسد البيع فيها لانفرادها عن الاصل واستحالة البيع فيها على ذلك الوجه وا عاذلك لان الاستحقاق يتناول الاصل دونها والله أعلم (مسئلة) فان أفرد الثمرة بالشراء على الجذ ثم اشترى الاصل بعد ذلك فان له أن يترك الثمرة فى الاصل حتى يبدو صلاحها ووجه ذلك انه ملك الاصل والثمرة جميعا على وجه صحيح سائغ فكانت له التبقية كما و ملكهما فى عقد واحد ولو اشترى الزرع على الحصاد ثم ا كترى الاصل لم يجز له أن يقر الزرع حتى يبدو صلاحه لانه لم يملك فلا تسقط المخارصة بتلف الزرع وهو المعنى الذى من أجله منع من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع كثرة الغرر وتكرر الجوائح والجهل بصفة المبيع حين القبض (مسئلة) ولو اشترى الثمرة على التبقية ثم اشترى الاصل لم يكن له أن يبقيها لان العقد على الثمرة وقع فاسدا ولو ورث الارض بعد ذلك جازت له التبقية قال مالك ووجه ذلك ان الثمرة اذا فسخ البيع ردت اليه بحق الميراث

(فصل) فان كانت الثمرة غير مأبورة فانها بمطلق العقد للمبتاع وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هى للبائع والدليل على ما نقوله ان الثمرة قبل الابار مستكنة فى البيع من أصل الخلقة فكانت تبعا للاصل فى البيع كالحمل فى البطن واللبن فى الضرع (مسئلة) ولا يجوز أن يكون للبائع بالشرط خلافا لأبى حنيفة والشافعي والدليل على صحة ما نقوله ان هذا كامن لظهوره عامة فلم يكن للبائع بالشرط كالجنين

﴿ النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ﴾

﴿ النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشترى

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشترى ﴾ ش معناه حتى تزهى ومعنى الازهاء فى ثمرة النخل أن تبدو فيها الحمرة أو الصفرة وهو النضج و بدو الصلاح و بذلك ينجو من العاهة وذلك كله بعد ان تطلع الثريا طلوع الفجر فى النصف الآخر من شهر مايه بالاعجمى قال ابن حبيب لثمرة النخل سبع درجات الطلع ثم ينفتح الزهر عنه و يبيض فيكون اغريضا ثم يذهب عنه بياض الاغريض و يعظم حبه وتعلوه خضرة ثم يكون بلحا ثم تعلو الخضرة حمرة فيكون زهوا ثم يصفر صفرة فيكون يسرا ثم تعلو الصفرة كدرة وتنضج الثمرة فتكون رطبا ثم تيبس وتكون تمرا و بدو صلاح التين أن يطيب وتوجد فيه الحلاوة و يظهر السواد فى أسوده والبياض فى أبيضه وكذلك العنب الاسود بدو صلاحه أن ينحو الى السواد وأ ـ ينحو أبيضه الى البياض مع النضج وكذلك الزيتون بدو صلاحه أن ينحو الى السواد و بدو صلاح القثاء أن تنعقد وتبلغ القثاء منه مبلغا يوجد له طعم وكذلك الفقوس قال ابن حبيب وأما البطيخ فليس بدو صلاحه الا اذا انحا حية الاصفرار والطياب وروى فى العتبية عن أصبغ عن أشهب بدو صلاح البطيخ أن يؤكل فقوسا قال أصبغ فقوسا قد تهيأ للتبطخ وأما الصغار فلا وجه قول ابن حبيب ان بدو الصلاح فيه انما هو على وجه ما يؤكل عليه و يوجد فيه الغرض المقصود منه ووجه ما قاله أشهب ان هذا بدو صلاح يؤكل عليه غالبا فاشبه بدو صلاح القثاء (مسئلة) وأما الموز ففى العتبية من رواية أشهب وابن نافع عن مالك انه يباع اذا بلغ فى شجره قبل أن يطيب فانه لا يطيب

حتى ينزع * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه ويبلغ أوله مبلغه اذا أزيل عن أصله تهيأ فيه تمام النضج فانه اذا أزيل عن أصله قبل تناهيه فسد ولم يتم نضجه (مسئلة) وأما الجزر واللفت والفجل والثوم والبصل فبدو صلاحه اذا استقل وتم وانتفع به ولم يكن في قلعه فساد وقصب السكر اذا طاب وهو أن يكبر فلا يكون فسادا والبراذايس وكذلك الفول والجلبان والحمص والعدس والورد وسائر الانوار أن تنفتح كمامه ويظهر نوره والقصيل والقضب والقرط اذا بلغ أن يرعى دون فساد

(فصل) اذا ثبت ذلك وان نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها اختلف أصحابنا في تعليل ذلك فقال محمد بن مسلمة ان الغرر موجود قبل بدو الصلاح وبعده ولكنه لا غرض في شرائها قبل بدو الصلاح الا مجرد الاسترخاص لا غير ذلك لانها قد تسلم فترخص عليه أو يتلف بعضها اذا كان أقل من الثلث فيكون غاليا وبعد بدو الصلاح له غرض في ذلك من الانتفاع بها وأكلها رطبة فلذلك جاز هذا وعفي عن الغرر لاجله وقال غيره من أصحابنا ان الغرر قبل بدو الصلاح أكثر وبعد بدو الصلاح يقل ويندر وكثير الغرر يبطل العقود ويسيره معفو عنه فيها اذ لا يمكن تسليمها منه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالممنوع منه هو البيع المطلق دون اشتراط القطع وذلك ان بيع الثمرة قبل بدو صلاحها يقع على ثلاثة أوجه أحدها أن يشترط القطع فهذا لا اخلاف في جوازه لانه باع مالا غرر في بيعه ولا تدخله زيادة ولا نقص لجده اياه عقيب العقد والوجه الثاني أن يشترط التبقية وهذا لا اخلاف في منعه الا ما روى عن يزيد بن أبي حبيب في العرية ووجه منعه ان المنفعة تقل في ذلك والغرر يكثر لانه لا يكون مقصودها الا ما يؤول اليه من الزيادة وذلك مجهول ولان الجوائح تكثر فيها فلا يعلم الباقي منها ولا على أي صفة تكون عند بدو صلاحها وأما اذا بدا صلاح الثمرة فقد تناهى عظمها وكثر الانتفاع بها وقلت الجائحة فيها والوجه الثالث اطلاق العقد فيها فالمشهور عن مالك منعه وبه قال الشافعي وروى ابن القاسم في البيوع الفاسدة من المدونة جوازه ويكون مقتضاه الجد وبه قال أبو حنيفة والكلام في هذه المسئلة في فصلين أحدهما ان اطلاق اللفظ يقتضي التبقية والثاني ان البيع غير جائز والدليل على ما نقوله قوله نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وهذا اللفظ يقتضي النهي عنه على الاطلاق لانه لم يقيد ذلك بشرط قطع ولا غيره فان قالوا هذه حجتنا لانه قال حتى يبدو صلاحها وهذا يدل على ان البلح يجوز بيعه لانه يقصد للأكل والحصرم يجوز بيعه لان الحصرم يقصد للطبخ والجواب ان الحصرم لم يبد صلاحه لانه لا يستطاب أكله الاستطابة المعهودة من الأكل المقصود ألا ترى انه قال في حديث أنس الذي يأتي بعد هذا انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى قيل له يا رسول الله وما تزهى قال حين تحمر وجواب ثان وهو ان العلة عندكم ليس هذا من بدو الصلاح ألا ترى ان سائر الفواكه يجوز بيعها على هذا الوجه وان لم يبد صلاحها وجواب ثالث وهو ان هذا تعلق بدليل الخطاب وأنتم تقولون به ونحن فمن أصحابنا من لا يقول به ومن قال به منهم فانه يقول به ما لم يعد باسقاط النص وههنا يؤدي الى اسقاط النص لانا لو قلنا ان الحصرم يجوز بيعه لزمنا أن نقول مثل ذلك في سائر الفاكهة لان أحدا لم يفرق بينهما ولو قلنا ذلك لابطلنا في سائر الفواكه حكم النطق فان قالوا نحمله على المنع من بيعه بشرط التبقية فالجواب ان اطلاق العقد يقتضي التبقية لان المعهود من حال الثمرة ابقاؤها على الشجرة الى أن تتناهى وجواب ثان وهو ان هذا لا يصح على أصلكم لانه لا يجوز بيعها بشرط

التبقية بعد أن يبدو صلاحها فلا توجد فائدة لتخصيصه ذلك بما قبل بدو الصلاح فان قالوا المراد بقوله حتى يبدو صلاحها حتى تظهر الثمرة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم أرأيت اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه وما لم توجد لا يقال فيه اذا منعه الله فالجواب ان هذا نقله عليكم وهو انه صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الثمار وما لم يوجد لا يسمى ثمارا وجواب ثان وهو انه قد فسر هذا في حديث أنس فقال حين يحمر وجواب ثالث وهو انه يقال منع الله الثمرة بعد وجودها بمعنى انه منع الانتفاع بها فان قالوا يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم انما قال هذا على وجه النصيحة والمشورة لا على وجه التحريم والاخبار عن الشرع بدل على ذلك ما روى سليمان بن أبي خثمة عن زيد بن ثابت قال كان الناس يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها فاذا جاء من الناس وقت تقاضيهم قال المبتاع قد أصاب الثمر الدمار وأصابه فساد وأصابه مراض عاهات يحتجون بها فلما كثرت خصومتهم عند النبي صلى الله عليه وسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كالمشورة يشير بها فلا تبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها لكثرة خصومتهم واختلافهم والجواب ان الذي روى ابن عمر النهي عن ذلك والنهي يقتضي التحريم فلا يعدل عن مقتضاه الا بدليل وأما أورده فهو تأويل من زيد فلا يرد به ظاهر نهي النبي صلى الله عليه وسلم وجواب ثان وهو انه يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أشار بذلك أولا ثم حرمه لهذا المعنى وجواب ثالث وهو ان هذا التأويل لا يصح على أصلكم لأن بيعه على الاطلاق انما يقتضي عندكم الجد والتبقية فيه محرمة وهذا يمنع من أن يكون نهيه على وجه المشورة ويوجب أن يكون على التحريم والدليل على ذلك ما روى اسحق ابن أبي طلحة الأنصاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة قال صاحب العين المحاقلة بيع الزرع قبل بدو صلاحه والمخابرة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ودليلنا من جهة القياس أن هذه ثمرة نامية أفردها بالبيع عن أصلها قبل بدو صلاحها من غير شرط قطعها فلم يصح بيعها كما لو باعها بشرط التبقية (مسئلة) ولا يباع الزرع اذا أفرك ولا الفول اذا اخضر ولا الحمص والجلبان الا بشرط القطع لأن بدو منفعته المقصودة اليبس واستغناؤه عن الماء وانما يؤكل البلح وعلى هذا حكم الجوز واللوز والفستق عندي والله أعلم وأحكم (فرع) فان بيع الفول أو الحنطة أو العدس أو الحمص على الاطلاق قبل يبسه وبعد ان أفرك فقد قال ابن عبد الحكم يفسخ فيه البيع ويرد وحكمه حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم يفوت باليبس ويمضي البيع ولا يرد وقال في المدونة أكره أن يعمل به فاذا عمل به وفات فلا أرى أن يفسخ وتأول الشيخ أبو محمد هذا على معنى تفوت بالقبض وروى ابن المواز عن مالك ان نزل لم أفسخه وظاهره يقتضي أنه يمضي بنفس العقد (مسئلة) وأما اذا بدا صلاح الثمرة فانه يجوز بيعها وذلك بان يبدو الصلاح في نخلة منها فان كانت تلك النخلة في جهة واحدة فيجوز بيع ذلك النصف كله لأنه لو روعي في ذلك بيع ما بدا صلاحه دون غيره لم يصح ذلك لتفاوته وللحقته المشقة المفرطة فيه ولامتنع بيعه الا عند انقضائه وهو وقت فوت بيعه واستغناء المشتري عنه وكذلك اذا بدا صلاح نوع جاز بيع سائر أنواع ذلك الجنس مما يقرب منه في بدو الصلاح وان لم يبد صلاح تلك الانواع قال القاضي أبو محمد وهذا اذا كان طيبا متتابعا ولم يكن مبكرا والمراعى فيه بلوغ الزمن الذي تؤمن فيه العاهة على الثمرة غالبا ومعنى ذلك أن لا تكون تلك الثمرة خارجة عن عادة غيرها فان من الشجر ما يتقدم نوع منه سائر الانواع في الطيب بالمدة

الطويلة ويتأخر عن سائره بالمدة الطويلة فلا يجوز بيع المتأخر بظهور صلاح المتقدم كما لا يمنع تأخير المتأخر مع المتقدم كالعنب الشتوى والصيفى لا يباع الشتوى ببدو صلاح الصيفى لأن عادتهما التفاوت فى بدو الصلاح كالجنسين وكذلك اذا اندر من الشجرة الواحدة الحبة الواحدة فقد يندر ولا يتلاحق بها من ذلك الجنس شئ فان تلك الحبة لا حكم لها حتى يتقارب صلاح غيرها فان كانت الشجرة تطعم بطنين فى السنة فالظاهر من المذهب انه لا يجوز أن يباع الآخر ببدو صلاح الاول رواه فى العتبية ابن القاسم عن مالك وفى المبسوط انه اذا كان طيبها متتابعا لا ينقطع الاول حتى يدرك الآخر فلا بأس ببيعهما جميعا بطيب الاول وجه القول الاول ان لبطن الثانى ثمرة لم يبد صلاحها ولا بلغ ابان بدو صلاحها فلم يجز بيعها كالمفردة ووجه القول الثانى انه اذا اتصل فحكمه حكم الثمرة الواحدة فى صحة البيع كالمقاثئ (مسئلة) ولا يباع جنس من الثمر ببدو صلاح جنس آخر خلافا لليث بن سعد والدليل على ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وحتى تزهو قيل وما تزهو قال حين تحمر وروى عنه انه قال فى العنب حين يسود فاعتبر فى كل جنس صفة لا توجد فى غيره ومنع من بيعه حتى توجد تلك الصفة فيه وهذا يمنع اعتباره بعده ودليلنا من جهة المعنى ان منع الثمرة حتى يبدو صلاحها انما هو لتؤمن عليها العاهة ولتكون معلومة الصفة برؤية ما طاب منها وقد علم تفاوت أجناس الثمار فى الطيب فاذا طاب بعضها لم يؤمن بذلك العاهة على غيره انما يتأخر ابانه عن ابانها واذا علم صفة بعضها ببدو الصلاح فيها لم يعلم بذلك صفة غيرها مما لم يبد الصلاح فيها (مسئلة) اذا بدا صلاح نخلة من حائط جاز بيع جميع ذلك الحائط وجاز بيع ما حواليه من الحوائط وما يكون حاله فى التبكير والتأخير خلافا لمطرف من أصحابنا والشافعى فى قولهما لا يباع بطيبها غير حائطها والدليل على ما نقوله ان هذه ثمرة بدا صلاحها فجاز ان يباع به ما حولها كما لو لم يفصل بينهما بجدار

(فصل) اذا ثبت ذلك فانه يجوز بيع الثمرة التى بدا صلاحها على الاطلاق ولا خلاف فى ذلك ويجوز بيعها بشرط التبقية وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعها بشرط التبقية والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة جاز بيعها على الاطلاق فجاز بيعها بشرط التبقية أصل ذلك اذا قال أبتاعها منك على أن أقبضها غدا (مسئلة) لا خلاف انه لا يجوز أن تفرد الحنطة فى سنبلها بالشراء دون السنبل وكذلك الجوز واللوز والباقلا لا يجوز أن يفرد بالبيع دون قشره على الجزاف ما دام فيه وأما شراء السنبل اذا يبس ولم ينفعه الماء فجائز وكذلك الباقلا والجوز وقال الشافعى لا يجوز شئ من ذلك والدليل على ما نقوله ما روى نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهات نهى البائع والمشترى وهذا على طريق القاضى أبى بكر فى تعلقه بدليل الخطاب فى الغاية ودليلنا من جهة القياس ان ما جاز بيعه بعد الفرك جاز بيعه قبل الفرك كالشعير (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز بيعه قائما قبل حصاده اذا يبس جميعه أو أكثره رواه ابن المواز عن مالك وروى القاضى أبو اسحق عن مالك انه يجوز بيعه فى أنادره وقبل درسه وروى عن ابن نافع انه لا يجوز بيعه الا اذا كان حزما يرى سنبله وينظر اليه ووجه قول مالك انه لم يتغير عن الصفة التى كان عليها قبل الحصاد وقد أجمعنا على أنه يجوز بيعه جزافا قبل الحصاد وانه يتأتى حزره على ذلك فكذلك بعد الحصاد وقبل تغيره بالدرس ووجه آخر ان الحصاد معنى لا يتوقع معه اضافة شئ الى الزرع يمنع صحة تقديره وتساوى المتبايعان فى معرفته

فلم يمنع ذلك صحة بيعه جزافا أصل ذلك اذا أماله الريح ووجه قول ابن نافع ما احتج به من أن هذه الصورة التي يمكن عليها حزره وأما اذا كان يخفى سنبله أو بعضه فلا يمكن حزره لخفاء المطلوب منه ولذلك جوزنا الخرص في النخل والأعناب لما كانت ثمرتها ظاهرة يمكن ذلك فيها ولا يخرص الزبيب لان ثمرته مستورة في أوراقه (مسئلة) ولا يجوز بيعه بعد درسه وروى ذلك عن مالك القاضي أبو اسحق في مبسوطه ووجه ذلك انه قد صار على حالة لا يتأتى حزره ولا يؤمن من اضافة التبن اليه فلم يجز بيعه كما لو صفاه ثم أضاف الى حنطته تبنا وهذا كله في الجزاف وأما بالكيل فلا خلاف في جواز ذلك لان المقدار معروف بالكيل والصفة معروفة بفرك بعضه والنظر اليه ص

* مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى فقيل له يارسول الله وما تزهى فقال حين تحمر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه * ش قوله نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى يقال أزهى الثمر اذا بدا اصلاحه والزهو النور والمنظر الحسن ويحتمل أن يكون مأخوذا منه لانها حينئذ يحسن منظرها ويكمل حسنها فان قيل هذه لفظة عربية فكيف تخفى على من معه من العرب حتى يسألوه عنها فالجواب ان ذلك يحتمل وجهين أحدهما أن تكون لغة لبعض العرب دون بعض فسأل عنها من ليست من لغته والوجه الثاني أن تكون لفظة مستعارة لها من حسنها في ذلك الوقت وجمال منظرها كما قال صلى الله عليه وسلم يوم حنين الآن حمي الوطيس وغير ذلك من الألفاظ المستعارة فكأنه قال حتى تحسن الثمرة فاحتاج السائل أن يسئل عن جنس الحسن الذي يبيح بيعها فأخبره أن زهاءها حسنها بحمرتها وقوله حتى تحمر يعني والله أعلم تظهر على خضرة البلح حمرة وهو أول ما يتغير لون البلح الى الحمرة فذلك هو الازهاء ثم يكون منه ما يصفر ومنه ما يستحكم حمرته ويكمل في جميعه فيكون بسرا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أرأيت اذا منع الله الثمر يريد به منع قبضها واستيفاءها على الوجه المعروف المعتاد للاقتيات والادخار أو الأكل المعتاد لان أخذه على غير ذلك الوجه فساد واتلاف للثمرة أو نادر لمنفعة غير مقصودة فشراء المشتري انما يقع على المعتاد من أكل الثمرة وهو أكلها رطبا أو تمرا فان منع الله الثمرة قبل ذلك لم يكن للبائع أن يأخذ الثمن من المبتاع لقوله صلى الله عليه وسلم اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه فاقتضى ذلك انه لا يجوز له أخذ مال أخيه اذا منع الله الثمرة فلما كانت العاهات تكثر وتتكرر قبل الازهاء منع ذلك صحة بيعها وفي هذا دليل على أن المنع إنما توجه الى البيع الذي لم يشترط فيه القطع لان ما اشترى على القطع لا تمنعه آفة فلم يتوجه اليه المنع فعلى هذا الغرر المتوقع في المبيع على ثلاثة أضرب ضرب يكثر ويكون هو الأغلب فهذا يمنع من صحة العقد جملة كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح على وجه يقتضي التبقية وضرب لا يبلغ هذا المبلغ من الكثرة والتكرر لكنه يكون معتادا ولا يمنع صحة العقد ولكنه يمنع النقد كحال الأمة في عهدة الثلاث ومدة المواضعة وضرب ثالث يقل ويندر فلا يمنع صحة العقد ولا اشتراط النقد كالجنون والجذام في عهدة السنة والجائحة بعد بدو الصلاح في الثمرة وروى القاضي أبو اسحق عن محمد بن مسلمة انه فرق بينهما بعد هذا وقال ان بيع الثمرة قبل بدو الصلاح غرر لا فائدة فيه لانه لا ينتفع المبتاع بها فلا يقصد الا مجرد الغرر وأما بعد بدو صلاحها فانه قصد الانتفاع بها وذلك يرفع فساد الخوف من اتلافها والذي قدمناه أولى لما روت عمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى

* وحدثني عن مالك عن حميد الطويل عن أنس ابن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى فقيل له يارسول الله وما تزهى فقال حين تحمر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه

* وحدثني عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن ابن حارثة عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة * قال مالك وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر * وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت عن زيد بن ثابت أنه كان لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا * قال مالك والأمر عندنا في بيع البطيخ والقثاء والخربز والجزر أن بيعه اذا بدا صلاحه حلال جائز ثم يكون للمشتري ماينبت حتى ينقطع ثمره و يهلك وليس في ذلك وقت يؤقت وذلك أن وقته معروف عند الناس وربما دخلته العاهة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فاذا دخلته العاهة بجائحة تبلغ الثلث فصاعدا كان ذلك موضوعا عن الذي ابتاعه

تنجو من العاهة فجعل ذلك نجاء من العاهة لعلة تكررها فيها كما يقول لمن نجا من غرق البحر أو قتل العدو نجا فلان من الموت بمعنى أنه انتقل من حالة لا يكاد يسلم فيها الى حالة يقل فيها العطب ص * مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة قال مالك وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر * ش قوله صلى الله عليه وسلم حتى تنجو من العاهة يريد عليه السلام والله أعلم حتى يقل ذلك فيها و يندر وقول مالك ان بيع الثمار قبل بدو صلاحها من الغرر يريد لما نهى عنه صلى الله عليه وسلم من منع ذلك بسبب العاهات المتكررة عليها في أكثر الأعوام واذا كان من الغرر وجب أن يكون بيعه غير جائز ص * مالك عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت عن زيد بن ثابت انه كان لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا * ش معنى ذلك والله أعلم على ماتقدم أن طلوع الثريا مع الفجر انما يكون في النصف الآخر من شهر مايه وهو شهر ايار وفي ذلك يبدو صلاح الثمار بالحجاز و يظهر الازهاء فيها وتنجو من العاهة في الأغلب ففي ذلك الوقت يجوز بيعها فيه دون ماقبله وتختلف العبارات فيما يبدو به ما يمنع من البيع و يميز ما يباع فتارة يميز و يفسد بالازهاء وتارة بأن تنجو الثمرة من العاهة وتارة تطلع الثريا غير أن تحديد ذلك بالازهاء و بأن تنجو من العاهة يتعقبه الجواز على كل حال وأما طلوع الثريا فليس بحد يتميز به وقت جواز البيع من وقت منعه وقد روى القعنبي عن مالك في المبسوط انه قال ليس العمل على هذا ومعنى ذلك عندي أنه لا يباح بيع الثمرة بنفس طلوع الثريا حتى يبدو صلاحها وانما معنى ذلك في الحديث انه كان لا يبيع الا بعد طلوعها وليس فيه انه لم يكن يبيع ذلك بعد طلوع الثريا الا الازهاء والله أعلم وقد روى عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا طلع النجم صباحا رفعت العاهة عن أهل البلد والله أعلم والنجم الثريا وهذا الحديث لم أره وقد وجدته على حسب ما أوردته ولم أره من طريق صحيح والله أعلم وأحكم ص * قال مالك والأمر عندنا في بيع البطيخ والقثاء والخربز والجزر ان بيعه اذا بدا صلاحه حلال جائز ثم يكون للمشتري ماينبت حتى ينقطع ثمره و يهلك وليس في ذلك وقت يؤقت وذلك أن وقته معروف عند الناس وربما دخلته العاهة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فاذا دخلته العاهة بجائحة تبلغ الثلث فصاعدا كان ذلك موضوعا عن الذي ابتاعه * ش وهذا كما قال ان بيع القثاء اذا بدا صلاحه جائز بشرط أن يشتمل البيع على جميع مايخرج منه الى آخره فان ذلك جائز لان صلاح تلك الثمرة قد بدا فباقيها تبع لها لان هذا حكم يتبع فيه كل ما بدا صلاحه كل ما يأتي بعده منه وهذا حكم الخربز وهو نوع من البطيخ وحكم الباذنجان والقرع مما يأتي بعضه دون بعض ولا يتميز أوله من آخره وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز شيء من ذلك والدليل على ما نقوله ان هذه ثمرة لا يمكن حبس أولها على آخرها فجاز أن يباع مالم يبد صلاحه بما بدا صلاحه كالتين والخوخ

(فصل) وقوله ثم يكون للمشتري ماينبت حتى ينقطع ثمره يريد في القثاء والبطيخ وما ليس له أصل ثابت مما يحدث شيأ بعد شيء ولا يتميز ووجه ذلك عندي انه انما يشتري ثمره على المعروف من حال مثله في قوة نباته ونعومته وطيب أرضه وما عرف من نجاته مثل هذا فيها فاذا اشترى الأصول على هذا كان له مايخرج منها الى آخر وقتها ولا يلزم على هذا أن يقال لو تعلق البيع بأصلها لما حرم بيعها قبل بدو صلاح نباتها ولجاز أن تباع قبل أن يبدو ذلك منها كما يجوز ذلك في النخل وسائر الشجر لان النخل والشجر لها أصل ثابت باق ولذلك تتبع الأرض بمجرد العقد ووجه آخر وهو أن المقصود

من شراء المقاثئ ثمرتها لان سائرها لاقيمة له والشجر المقصود من سائرها الأصل وفى الغالب معظم الثمرة لها وان كان بعض الثمرة لها فلها القيمة الكثيرة (فرع) وبيان ذلك ان مايبيع من هذا على ثلاثة أضرب ضرب تتميز بطونه ولا تتصل كشجرة التين والنخيل والياسمين والتفاح والرمان والجوز وضرب ثان تتميز بطونه وتتصل كالقصيل والقصب والقرط وضرب ثالث لا تتميز بطونه كالمقاثئ والباذنجان والقرع فأما ماتتميز بطونه ولا تتصل فلا يجوز أن يباع مالم يظهر من بطونه بظهور ماظهر منها وبدو صلاحه وحكم كل بطن منها مختص به وأما ماتتصل بطونه وتتميز فان اطلاق العقد يتناول ماظهر منه دون مالم يظهر وتكون خلفته لمن له أصله وذلك انه انما باع منه ماجرت العادة بأخذه من عينه ولم يتبعه أصله ولذلك لا يجوز له تبقيته الى أن يبدو صلاحه فان اشترط المبتاع خلفة فهل يجوز ذلك عن مالك فيه روايتان حكاهما ابن المواز عن أشهب عنه احداهما انه قال فى القرط يجوز ذلك اذا كان لا يختلف وقال فى موضع آخر فان كانت خلفته تختلف فلا أحب اشتراطها والرواية الثانية انه قال ماهذا عندى بحسن لانها تأتى مختلفة وروى ابن المواز عن ابن القاسم ان معنى قوله تختلف خلفته أن تنبت مدة ولا تنبت أخرى ولفظ أشهب يقتضى الاختلاف فى صفتها وانما جوزنا اشتراط الخلفة على رواية الاباحة لانها مستندة الى الأولى التى قد جاز بيعها ومتصلة كما اشتد من ثمرة التين والتفاح وسائر الثمار ماهو صغير لا يجوز بيعه اذا انفرد الى ماقد بدا صلاحه وكما يجوز بيع مالم يظهر من القثاء والباذنجان مع ماقد ظهر منها ووجه الرواية الثانية ان هذا شراء لم يوجد وينفصل مما وجد فلم يجز شراؤه بشرائه كما لا يجوز شراء ثمرة نخل فى عام مع ثمرته فى عام قبله (فرع) فاذا قلنا برواية الجواز فانما تجوز اذا كانت الخلفة مأمونة قال ابن حبيب ولا تكون مأمونة الا فى أرض السقى وتجويز أصحابنا ذلك فى القرط والقصب الذى لا يكاد أن يكون الا بمصر دليل على جوازه فى أرض السقى وانما راعى فى ذلك أن تكون أرضا مأمونة على الخلفة ولعل ابن حبيب انما وصف بذلك أرض بلاد الأندلس والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فانه يجوز أن يشترط من الجزر مايعلم انه ينتهى اليه ذلك النبات واحدة أو خمسة أو أكثر من ذلك مما لا يخاف اخلافه ولا اختلافه لان ذلك يتميز ويمكن تقديره بعدد الجزر والبطون فان اختلف بعد ذلك أو قصر عن الصفة ففى المبسوط وكتاب ابن المواز عن مالك ان البائع يرد على المشترى بقدر ذلك قال محمد ابن مسلمة والبقول فى ذلك كله بمنزلة القصب ووجه ذلك أن ينظر الى قيمة الجزرة الأولى والثانية التى استوفيت وقيمة التى اختلفت يوم العقد على أن يقبض فى ابانها كل واحدة منها فيقبض الثمن على قيمتها فما أصاب التى اختلفت رده البائع على المشترى (فرع) وهل يجوز بيعه حتى يبقى جزة فى كتاب ابن المواز لاشهب عن مالك لا يجوز ذلك وانما يباع عدد جزره وفى كتاب ابن حبيب اذا اشترط المبتاع الخلفة كانت له كلها وان كانت خلفة بعد خلفة وهذا يقتضى أن له مانبت الى أن يفنى ووجه قول مالك ان أصله باق على ملك صاحبه فلا يجوز أن يشترى الى انقضاء ثمرته كالنخل والشجر ووجه قول ابن حبيب ان هذه بطون متصلة فجاز اشتراط جميعها كالمقاثئ والصحيح فى هذا أنه ما كان ابانه ينتهى اليه ويبطل الأصل جاز اشتراؤه الى انقضائه وما كان على غير ذلك لم يجز والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الجوز فقال محمد بن مسلمة يباع سنين كألبان الغنم اذا ولدت شهرا أو شهرين وروى ابن نافع عن مالك انه قال لا أحب ان باع مايخرج منه أكثر من سنة بالزمن الطويل ولا يصح ذلك عندى الا أن تكون بطونه متصلة فى مثل هذه المدة وغيرها ولا يتقدر بالتمام

لبقاء أصله فان كان يتميز كل بطن من الآخر و يتصل فيصح شراؤه بعدد البطون وان كان يتصل ولا يتميز فعناه أن يتقدر بالزمن كالمياه وألبان الغنم (مسئلة) وأما الجيز في كتاب ابن المواز عن مالك ان كان نباته متصلا فهو مثل المقاثئ وان كان منفصلا فقال مالك لا خير فيه والسدر كذلك ومعنى ذلك أن كل بطن ينفصل مما قبله فلا يجوز أن يباع ببطن آخر وان كانت بطونها متصلة فهو بمنزلة المقاثئ في جواز بيع مالم يظهر منه مع ماظهر و يقدر مايباع منه بالزمان فاما أن يباع الى ثمرة الأصل فلا يجوز ذلك ولا يكون في ذلك بمنزلة المقاثئ

(فصل) وأما مالا تتميز بطونه كالقثاء فانه لا يجوز أن تباع بطونها مقدرة لانها لا يصح أن تتقدر واذا لم يكن له أصل ثابت فلا يصح أن يتقدر بالزمن لان انقضاء أمره يقرب وهو أبين فيما يقار به و وجه آخر علل به أصحابنا وهو انه يتأخر بالبرد و يتعجل بالحر فيدخله الغرر والجهل بالمعقود عليه (مسئلة) فان أراد المبتاع تبقية الأصل وطالبه البائع بقلعها رجع في ذلك الى عرف الجهة وماجرت عادتهم به فحملوا عليه وليس في ذلك توقيت بشهر ولا أكثر من ذلك ولا بمدة محصورة من الزمان كالثمرة تشترى بعد بدو الصلاح فان الرجوع في بقائها في أشجارها الى العرف والعادة ولا يتوقت بمدة من الزمان مقدرة لان التعجيل والتأخير يدخلها بافراط الحر والبرد ولكل شئ من ذلك مقدار معروف

(فصل) وقوله وذلك معروف عند الناس ورمادخلته العاهة وقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فاذا كان ذلك فهو موضوع عن الذي ابتاعه يريد ان لما يبيع من هذه المقاثئ عند الناس أوقاتا معتادة اذا سلمت ينتهي اليها وتدوم ثمرتها طول مدتها على حسب ماعرفوه واعتادوه من ذلك فان بلغتها الثمرة واتصلت اليها فقد سلم المبيع للمبتاع و وجب للبائع جميع الثمن وان قصرت عن ذلك الثمرة وانقطعت قبل المعروف من وقتها فانما يكون ذلك بعاهة فلم تسلم جميع الثمرة الى من ابتاعها فيوضع ذلك عن المبتاع اذا بلغ الثلث فأكثر وسنذكر هذا مستقصى في الجوائح ان شاء الله تعالى ولا يلزمنا على ماأصلناه أن يقال لو كان الأصل تبعا للثمرة لما كانت فيه جائحة كالثمرة اذا بيعت مع أصل النخل لان ابن حبيب روى عن أصبغ ان ماعظم ثمنه من الثمرة فأصابته جائحة يقصر الثمن على الثمرة والأصل فتوضع الجائحة لانه زيد في الثمن من أجلها فكيف بثمرة المقاثي وهي المقصودة بجميع الثمن ولو سلمنا على قول سائر أصحابنا في النخل فقد قال ابن القاسم في العتبية في الفول والجلبان مابيع منها أخضر فلا توضع فيه جائحة حتى تبلغ الثلث و يرد الى أصله ومعلوم أن الجلبان الأخضر لا يجتنى الا بأصله

﴿ماجاء في بيع العرية﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ارخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها

﴿ ماجاء في بيع العرية ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها ﴾ ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العرية أن يبيعها مطلق الرخصة عند الفقهاء يقتضي أن يخص بعض الجملة المحظورة بالاباحة ومنع أبو حنيفة وقوم من أصحابنا القياس عليه وجعلوا له باطلاق اسم الرخصة عليه حكما مفردا ولا يجوز أن يعدى الى غيره حتى انهم يسمون بذلك كل حكم لا يعدونه وليس هذا بصحيح والصواب أن ينظر الى علة ذلك الحكم الذي علق عليها في الشرع فان كانت علته واقعة قصر الحكم على موضعها وان

كانت متعدية عداه وأثبت الحكم المعلق بها حيث وجدت وبالله التوفيق ومعنى اطلاقهم عليها اسم الرخصة أن زيد بن ثابت روى عن النبي صلى الله عليه وسلم منع بيع الرطب بالتمر وروى عنه اباحة ذلك على وجه الخرص في العرية رواه ابن شهاب عن سالم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ولا تبيعوا التمر بالتمر قال سالم وأخبرني عبد الله عن زيد ابن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غيره فخص العرية بهذا الحكم دون سائر المبيع من الثمار والمعنى المبيح لذلك ضرورة الشركة اذ كان أصلها العرية وهذا المعنى وان كان ورد بلفظ البيع ففيه معنى من البيع وذلك ان المعرى اذا خرصت عليه العرية له أن يبيعها أو يأكلها ويصنع بها ما شاء ويعطيها غيره وانما معنى ذلك في الحقيقة معنيان أحدهما ازالة ضرر الشركة لان غالب أحوال الناس وأهل الحوائط الانفراد بعيالهم وذريتهم في حوائطهم وجمع مايسقط منها وأكل ثمرها رطبه ويابسه فاذا أعرى نخلة من حائطه امتنع عليه الانفراد فيه بأهله وذريته لان للمعرى أن يقيم مع عريته أو يمتنع مع ذلك على المعرى وعلى من معه من أهل وولد لانبساطهم في الجمع والأكل مما يسقط الا بعد التحفظ من العرية فيؤدي ذلك الى المشقة الى ما يمنع من الاعداد في عام آخر ووجه آخر وهو ان المعرى اذا أعرى نخلة ان احتاج من مراعاتها وجمع سواقطها وحفظها وسقيها والعمل عليها ما يلزمه في ذلك من المشقة أكثر من قدر قيمتها فيؤدي ذلك الى أن لا ينتفع بعد من جميع ما يكون فيه وترك التحفظ من ثمرة الغير ويحتاج المعرى الى من يكفيه ما يلزمه في عريته مما ذكرناه فجاز لهذا المعنى أن يخرص على المعرى ويكون عليه خرصها تمرا يؤديه الى المعرى عند الجذاذ كما يخرص عليه الزكاة التي تجب عليه في حائطه لأهل الزكاة ويدفعه من الضرر بمشاركتهم له في الحائط مثل ما يلحقهم بمشاركة المعرى ويلحق أهل الزكاة من الضرر بالعمل في الحائط والحفظ له مثل ما يلحق المعرى وقد قرر الشرع فيه خرصه على أهل المال ليؤدوه عند الجذاذ والله أعلم وأحكم وأما علة الاستضرار بالدخول بها فقد قال ابن القاسم وكذلك الارفاق له تأثير في اباحة المحظور ولذلك جوزنا لمن أراد ارفاق صديق له أن يبدل له ثلاثة دنانير ناقصة بثلاثة دنانير وازنة عددا ومنع ابن الماجشون أن تكون لذلك علة عند استضرار المعرى بدخول المعرى فابيح له ذلك لازالة هذا النوع من الضرر والأظهر عندي فيه ما تقدم ويتصور عندي من هذا قياس ان هذا معنى حد في الشرع بخمسة أوسق فجاز أن تخرص ثمرته على أن يعطى من تخرص عليه خرصه تمرا عند الجذاذ أصل ذلك الزكاة

(فصل) وقوله أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها خص بذلك صاحب العرية وسماه بيعا لما كان له استهلاك الثمرة التي تخرص عليها وأن يعطي غيرها فقد ملكها ودخلت في ضمانه على أن يعطى ان شاء مثل خرصها بدلا منها وهذا فيه معنى من البيع وهو لزوم المعاوضة للمعرى ولزوم كثير من معنى العقد المعاوض من حفظ الثمرة وجدها والتزامها ويكون له الخيار في دفع تلك العين وبدلها بعدها وهذا انما هو حكم من أحكام القرض مع بقاء العين على صفتها وفيه وجه آخر من معنى البيع انه لا يثبت حكمه الا باختيار المتبايعين وأما الزكاة فلم ترد في الشرع بلفظ البيع لما كان ذلك يلزم رب المال وان لم يرضه فلذلك لم يذكره باسم البيع والموجب لذلك ان المعرى معين مالك لأمره فلما لم يلزمه الخروج عن العرية الا باختياره فكذلك المعرى لا يلزمه التزامها الا بالزكاة والمستحق للزكاة غير معين وانما للامام النظر في ذلك على ما قرره الشرع من خرص ذلك على أرباب الحوائط

وتسليمه اليهم ولم يكن للامام أن يقدم من ينظر فيه بمقاسمة الثمرة حين بدو صلاحها أو جمعها وحفظها والنظر فيه وكان حكم خرصها وتسليمها الى أرباب الحوائط لازم أوجب أيضا أن يكون ذلك لازما في أرباب الحوائط ولذلك لم يسم بيعا لما لم يوقف على اختيار الامام وأرباب الأموال وفي هذا أربعة أبواب * الباب الأول في تفسير معنى العرية ومايتعلق بذلك من جواز بيعها * والباب الثاني في تبيين من يجوز له ذلك * والباب الثالث في تبيين مايصح ذلك فيه من الثمار * والباب الرابع في تبيين مقدار مايصح ذلك فيه من الثمرة

(الباب الاول في تفسير معنى العرية)

فامامعنى العرية فقال القاضي أبو محمد هو عندنا أن يهب الرجل ثمر نخلة أو نخلات من حائطه لرجل وهذا الذي ذكره يجيء على مذهب أشهب وابن حبيب وأما ابن القاسم فان معنى العرية عنده أن يعطيه الثمرة على وجه مخصوص وهو أن يكون على المعرى مايلزمها الى وقت بدو صلاحها وهو وقت يمكن الانتفاع بها واطلاق الهبة عنده لايقتضي هذا وانما يقتضي ان ذلك يلزم الموهوب له من يوم الهبة ففرق في ذلك بين الهبة والعرية ولذلك قال عن مالك ان زكاة العرية على المعرى وزكاة الثمرة الموهوبة على الموهوب له قال ابن القاسم فرق مالك بينهما في الزكاة والسقي وقال أشهب زكاة العرية على المعرى كالهبة الا أن يعريه الى الزهو ويلزمه مثل ذلك وقال محمد انه لاخلاف بينهم ان السقي على المعرى ولعله أراد به انه لم ير لهم فيه خلافا ولم أر فيه وفاقا ويحتمل أن يكون أراد بذلك سقيا يلزم المعرى لأجل الأصول فيكون ذلك بمنزلة الاجارة على سقيها فلا يجوز ذلك قبل بدو صلاح الثمرة وقال ابن حبيب السقي والزكاة في العرية والهبة على المعرى والواهب وقال سحنون انظر الى العرية والهبة فان كانتا بيد المعرى أو الواهب يسقي ذلك ويقوم عليه فالزكاة عليه وان كان بيد المعرى أو الموهوب يقوم عليها ويأكل منها فالزكاة عليه فعلى رواية ابن القاسم حكم العرية غير حكم الهبة

(فصل) وهذا معنى العرية من جهة الفقه وأما من جهة اللغة فقال صاحب العين العرية من النخل التي تعرى عن المساومة عند بيع النخل والفعل الاعراء وهو أن يجعل ثمرة عامها المحتاج وقال الشيخ أبو محمد وقد قيل إن أصل هذه الكلمة مأخوذ من النخلة تعرى من ثمرتها بالهبة لثمرتها فسميت عرية لذلك فعلى الوجهين العرية اسم للنخلة وان ذلك لايقال من النخل الا لما تعطى ثمرته لأهل الحاجة على معنى الرفق والصدقة وقال أبو عبيد في غريب الحديث ان العرايا واحدتها عرية وهي النخلة يعريها صاحبها محتاجا والاعراء أن يجعل له ثمرتها عامها وقال القاضي أبو محمد قال أهل اللغة العرية مأخوذة من قولهم عروت الرجل أعروه اذا أتيته تلتمس بره ومعروفه من قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر وقيل ان معناه مأخوذ من تخلي الانسان عن ملكه من الثمرة من قوله تعالى فنبذناه بالعراء يعني الموضع الخالي (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز الاعراء في كل نوع من الثمرة كانت مما ييبس ويدخر أو مما لاييبس ولايدخر وفي القثاء والموز والبطيخ قاله ابن حبيب قبل الابار وبعده وقبل الازهاء وبعده لعام أو أعوام في جميع الحائط وبعضه لان ذلك نوع من الهبة والصدقة فلا تبطله الجهالة والغرر (فرع) وبماذا تكون حيازته وتصح للمعرى قال ابن حبيب عن مالك تكون باجتماع أمرين أحدهما ان تطلع فيها ثمرة والثاني أن يقبضها فان عدم أحد الأمرين قبل موت المعرى فلاشيء فيها للمعرى وقال أشهب في كتاب محمد ان ذلك يكون بوجود أحد

الأمرين الابار أو تسليم الرقبة فانه يكون حوزا وان لم تؤبر الثمرة وجه رواية ابن حبيب ان ظهور الهبة هو طلوع الثمرة فيها فان حاز حينئذ صحت حيازته لها لان العين التي أعطاها قد ظهرت وان لم تظهر فذلك مثل الحمل لا يصح قبضه له الا بالوضع ووجه قول أشهب ان الثمرة انما تظهر بالابار وما قبل ذلك فالثمرة فيه كامنة فأشبهت الحمل فلا تجوز حيازتها فاذا أبرت وظهرت كان دخوله وخروجه اليها حيازة لها لانه لا يمكن تسليمها أكثر من ذلك فان كانت بموضع يمكن تسليمه اليه وانفراده به لم يكن ذلك حيازة حتى ييبس فان أمكن ذلك كان تسليمه اليه حيازة لما وهب له من ثمرتها وان كان ذلك قبل ظهورها كالمستقبل من خدمة العبد (فرع) ويصح أن تكون العرية في ثمر شجر معين ويصح أن يعريه مقدارا من التمر غير معين مثل أن يعريه خمسة أوسق من جملة ثمر حائطه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز لصاحب هذه العرية أن يشتريها من المعرى وقال أبو حنيفة ان معنى العرية هبة الثمرة على الاطلاق عنده الا أن بيتاعها معناه عنده ان للواهب استرجاع هبته وأن يعطيه غيرها وانما سميت بيعا على سبيل المجاز والاتساع وأما على الحقيقة فلا يجوز ذلك لانه بيع الرطب على رؤس النخل بالتمر على وجه الأرض وذلك غير جائز والدليل على مانقوله حديث زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر وأرخص بعد ذلك في بيع العرية بالتمر أو بالرطب ولم يرخص في غيره فان قيل العرية هي العطية انما أرخص في العطية وذلك لان الرجل كان يهب ثمر نخله لرجل ثم يبدو له في ذلك فكان يرجع فيه ويعطيه عوضه تمرا فاذن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في ذلك قالوا والعرية هي العطية من أعار الشئ وهو تمليك منافعه والجواب ان هذا غير صحيح لان العرية انما هي النخلة الموهوب ثمرتها وعلى ذلك فسرها جماعة أهل اللغة وأنشدوا في ذلك

ليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجوائح

يمدح نفسه بالجود ويقول ان نخله ليست بسنهاء أي لا يعامل عليها سنين وهي المسانهة وقوله ولا رجبية يريد ليست يبنى عليها والترجيب البناء بالحجارة حول أصلها ثم قال * ولكن عرايا في السنين الجوائح * يريد اذا نزلت الجوائح بالناس واشتد الزمان وقلت الثمار وهبها حينئذ وجعل ثمرتها طعمة وليست العرية من الاعارة بسبيل لان الاعارة يقال منه أعاره يعيره اعارة وهي العارية والاعراء يقال منه أعراه يعريه اعراء وهي العرية * وجواب ثان وهو انه لو كانت العرية من الاعطاء لما جاز أن ينهى عن بيعه لان الاعطاء لا يباع وانما يباع المعطى فهو الذي يصح أن ينهى عن بيعه على وجه ويباح على وجه آخر * وجواب ثالث وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر ثم استثنى منه بيع الثمرة والظاهر انه انما استثنى بعض الأول فان قالوا انما سماه بيعا على سبيل المجاز كقوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا فالجواب انما سماه هنالك بيعا لما فيه من المعاوضة وليس كذلك على ماذكرت فانه ليس فيه معاوضة وانما فيه مجرد الهبة فلم يسم بيعا حقيقة ولا مجازا ودليلنا من جهة المعنى أن الطعام يفسد بيعه من وجهين أحدهما بيعه قبل استيفائه والثاني الجهل بتماثل الجنس ثم ثبت وتقرر انه قد أرخص في بيعه قبل استيفائه على وجه المعروف في الاقالة والتولية والشركة وكذلك الجهل بالتماثل يجب أن يكون منه ما يجوز على وجه المعروف وليس ان لا بيع العرية (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان بيع العرية يجوز بأربعة شروط قاله القاضي أبو محمد أحدها أن تزهي والثاني أن تكون خمسة أوسق فادنى والثالث أن يعطيه التمر عند

الجداد والرابع أن تكون من صنفها فأما اشتراطه الازهاء فهو قول جمهور الفقهاء وقال يزيد بن أبي حبيب يجوز بيعها قبل بدو صلاحها والدليل على ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وأما الشرط الثاني وهو أن تكون خمسة أوسق فأدنى فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وأما الشرط الثالث وهو أن يعطيه خرصها عند الجداد فهو عندنا شرط في صحة هذا البيع ولا يجوز له تعجيل العوض تمرا وقال الشافعي يجب عليه أن يعجل له الخرص تمرا ولا يجوز أن يفترقا حتى يتقابضا ووجه الخرص عندنا أن ينظر الى ما في النخل المعراة من الثمرة فيقدر ثم ينظر الى ما يخرج مثل تلك المكيلة من ذلك النوع من أنواع التمر في جودته أورداءته من التمر اليابس فيكون المعرى الى الجداد فالخلاف بيننا وبين الشافعي في هذه المسئلة في ثلاثة فصول أحدها انه يجب عندنا تأخير التمر الى الجداد ولا يجوز تعجيله وعند الشافعي يجب تعجيله قبل التفرق ولا يجوز تأخيره عن التفرق والفصل الثاني ان اسم العرية واقع على النخلة الموهوب ثمرتها وقال الشافعي العرية اسم للبيع والفصل الثالث ان جواز بيعها يختص بالمعرى وعند الشافعي يجوز من كل أحد والدليل على الفصل الأول ان هذا معنى ورد الشرع بخرصه فكان من سنته أن يتأجل بالخرص منه تمرا الى الجداد كالزكاة (فرع) فاذا أراد بعد صحة العقد تعجيل الخرص جاز له ذلك قال ابن حبيب ووجه ذلك ان العقد قد سلم من الفساد بشرط التعجيل فجاز ذلك على الطوع كنقد الثمن في مدة الخيار وتعجيل السلم باثر العقد

(فصل) والدليل على صحة الفصل الثاني وهو ان العرية اسم واقع على النخلة ما قدمناه من قول أهل اللغة في ذلك وفي صحيح البخاري عن سعيد بن جبير قال العرايا نخل كانت توهب للمساكين فلا يستطيعون أن ينتظروها فرخص لهم أن يبيعوها بما شاؤا من التمر وقال الشاعر

ليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجوائح

يمدح نفسه بأن يهب ثمرتها في أوقات الجوائح ولا يمدح نفسه ببيع ثمرتها حينئذ ومما يدل على ذلك قول زيد بن ثابت ولكن أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها في هذا أدلة أحدها انه قال أرخص لصاحب العرية ولا يجوز أن يقال أرخص لصاحب البيع أن يبيعها بخرصها والثاني انه قال بخرصها وهذا يدل على انه لم يرد به العيب لان العيب لا خرص له ولا يخرص والثالث انه قال لصاحب العرية وهذه اللفظة انما تنطلق على الأعيان دون الأفعال فيقال صاحب الشجرة وصاحب الأرض وصاحب الثمرة ولا يقال صاحب القيام وانما جرى عرف الاستعمال فيه أن يقال له القائم ووجه رابع انه قال أرخص لصاحب العرية أن يبيعها وهذا يقتضي انه معروف بأنه صاحب العرية قبل البيع فدل ذلك على ان العرية غير البيع

(الباب الثاني في بيان من يجوز له ذلك)

وجملة ذلك ان كل من صارت اليه ثمرة الحائط ببيع أوهبة أوميراث له شراء العرية بمثل ما يجوز ذلك للمعرى لما يلحقه من مضرة الشركة بدخول المعرى وخروجه كما يلحق المعرى ولما في ذلك من المعروف فيتحمل المشتري العمل والمؤنة على المعرى كما يتحملها المعرى ويجري في ذلك مجرى الزكاة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن صارت اليه العرية ببيع أوهبة أوميراث فحكمه في جواز بيعها بخرصها تمرا ممن له ثمرة الحائط حكم المعرى للوجهين المذكورين قبل هذا ولا يجوز التبايع

فيها على غير ما قدمناه وقال الشافعي يجوز أن تباع الثمرة على رؤس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق من جميع الناس ويجوز بيعها لجميع الناس والدليل على مانقوله ماروى بشير بن يسار عن سهل بن أبي حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرية ان تباع بخرصها فيأ كلها أهلها رطبا وجه الدليل انه استثنى من منع ذلك بيع العرايا بغير الدنانير والدراهم وهذا يدل على انه منع يختص بالعرايا جوازه والشافعي يجوزه في أنواع الثمار لأن كل ما يكون من المسمى عنده عرايا اذا كان البيع اعراء وجاز من كل أحد فتبطل فائدة التخصيص واستثناء الرخصة من المنع ووجه آخر وهو انه عم المنع واستثنى من تلك الرخصة أهل العرية وهم أرباب النخل فوجب اختصاص هذا الحكم بهم وبقي الباقون على حكم المنع ودليلنا من جهة القياس أن هذا بيع التمر بالتمر فلم يجز الا لدفع ضرر الشركة أصل ذلك اذا كان مجدودا ودليل ثان وهو أن المعرفة بالتماثل أمكن بالكيل منه بالخرص لان الخرص انما يستند الى الكيل وقد ثبت وتقرر انه لا يجوز ذلك بالكيل اذا كان مجدودا فبأن لا يجوز خرصا أولى وأحرى (مسئلة) ومن كان له في حائط غيره أصل شجرة فهل يجوز له أن يبيع منه ثمرتها بخرصها تمرا قال ابن القاسم وابن الماجشون ذلك جائز واختلفوا في توجيه ذلك فقال ابن القاسم ان كان لضرر الشركة فلا يجوز لأنه لم يعره شيأ وان كان على وجه المعروف وان يكفيه مؤنة العمل فذلك جائز وهو قول مالك وقال ابن الماجشون ولا يجوز شراء ثمرة بخرصها كيلا الا لدفع ضرر الشركة وعلى هذا يجوز في هذا الموضع للتخفيف وليس بالقياس (مسئلة) ومن أعرى جميع حائطه فهل له أن يشترى ثمرته بخرصه قال ابن القاسم ذلك جائز وقال ابن الماجشون ليس له ذلك وكذلك اختلف في شرائه بعض عريته فجوزه ابن القاسم ومنعه ابن الماجشون ولو أعرى جماعة مشتركون في حائط رجلا ثمرة نخل منه فأراد واحد منهم أن يشترى منه عريته فلا يجوز عند ابن الماجشون لأن ضرورة الشركة بالدخول والخروج لا ترتفع بذلك وجوزه ابن القاسم للارفاق وكفاية المؤنة ولو أعرى رجل جماعة جاز له أن يشترى من بعضهم عريته لأنه قد يستضر بذلك ويتحفظ منه دون غيره وقد يجوز أن يخصه بالارفاق دون غيره

(الباب الثالث في بيان ما يصح ذلك فيه من الثمار)

عن مالك فيه روايتان احداهما انه لا يجوز الا في النخل والعنب وبه قال الشافعي والثانية يجوز في كل ما ييبس ويدخر من الثمار كالجوز واللوز والتين والزيتون والفستق رواه ابن المواز وهو في المبسوط من رواية ابن القاسم عن مالك ووجه الرواية الاولى ان هاتين الثمرتين يختصان بالأكل حال الارطاب وقبل اليبس مما يتأتى فيه الخرص ووجه الرواية الثانية أن هذا مما ييبس ويدخر فثبت فيه حكم العرية كالتمر وأما الزيتون على هذه الرواية فقد قال أشهب اذا كان ييبس ويدخر جاز ذلك فيه بخرصه ومعنى ذلك عندي أن يوضع على حالة يدخر عليها لأنه لا ييبس ويدخر على غير ذلك الوجه ويكون أجل بيعه الى أن يمكن عمله بعد القطاف وكذلك العنب الى أن يمكن تزبيبه بعد القطاف لأنه لا يكون زبيبا الا بالتزبيب بعد القطاف وأما التين فان أوقاته تتفاوت في ذلك لأنه من أول أمره شرع في تيبيسه فله أن يدفع خرصه منه دون شرط يكون بينهما في ذلك (مسئلة) فان كان عنبا لا يتزبب أو نخلا لا يتتمر فعلى اشتراط اليبس يجب أن لا يجوز ابتياع عريته لأنه اذا شرط أن يعطيه تمرا فاما أن يشترط أن يعطيه من صنف غيره وذلك لا يجوز وقد قال أصبغ فيما لا ييبس من الفواكه لا يجوز للمعرى أن يبيعه من معربه بخرصه نقدا ولا الى جداده ولو

أجيز ذلك بدليا فى كل عرية لم أره خطأ وان كنت أتقيه . ومعنى ذلك والله أعلم أن يباع أول ما يبدو صلاحه بخرصه من جنسه يؤديه اليه عند تكامل طيبه لأنه يستضر بدخوله اليه من وقت بدو صلاحه الى تكامل طيبه وكذلك يتحمل عن المعرى عمله فى تلك المدة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وانما يباع بالتمر الى الجداد ولا يباع بالرطب نقدا ولا الى أجل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ارخص فى بيع العرايا بخرصها تمرا ولا يجوز أن تباع بغير نوعها فان كانت العرية برنيا لم يجز أن يشترط صيحانيا ولا عجوة ولا أدنى ولا أفضل ولا يعين ذلك فى ذلك الحائط ولا فى غيره فان عين ذلك فى حائط بعينه ففى المبسوط ان فعل أراه جائزا ويكون عليه ماضمن للمعرى فى ذمته الى الجداد يعطيه من حيث شاء والظاهر من مذهب ابن القاسم أنه لا يجوز ويفسخ العقد

(الباب الرابع فى بيان مقدار ما يجوز بيعه من العرية على الوجه الذى ذكرناه)

ونحن نبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى ص * مالك عن داود بن الحصين عن أبى سفيان مولى ابن أبى أحمد عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ارخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق يشك داود قال خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق * ش قوله ارخص فى بيع العرايا بخرصها يقتضى أن العرايا هى النخل المبيع ثمرها فيحتمل أن يريد به وأرخص فى بيع ثمر العرايا فحذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه وهذا كثير فى كلامهم ويحتمل أن يسمى الثمر عرايا لما بينها وبين النخل التى هى حقيقة العرايا من التعلق ولو كانت صفة للمبيع لما صح هذا القول لأن الهاء فى قوله بخرصها ترجع الى غير مذكور ولا معهود كما لا يجوز أن يقال منع من بيع المزابنة بخرصها لما كانت المزابنة صفة للمبيع ويجوز أن يقال ارخص فى بيع العجوة بخرصها لما كانت العجوة صفة للمبيع

(فصل) وقوله فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق قصر النبى صلى الله عليه وسلم هذا الحكم على هذا المقدار من التمر كما قصر الزكاة على نصاب خمسة أوسق فما زاد ويجوز أن يكون حكم الزكاة يختص الرفق فيه بأرباب الاموال بترك الزكاة فيما دون خمسة أوسق لأنها تضعف عن المواساة غالبا وكذلك فى مسئلتنا اختص هذا الحكم بهذا القدر للرفق لأن هذا القدر الذى جرت العادة باعرائه ولا يكاد أن يزيد عليه الا الشاذ النادر الذى تتكرر به المشقة ولا يبلغه بالاعراء الا من له الحوائط الكثيرة التى تشغله بالعمل ولا يلحقه الضرر بالاعراء من بعض حوائطه (مسئلة) وشك داود بن الحصين فى المقدار بين الخمسة أوسق وبين ما دونها ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيح أحد غيره وقد عول عليه جميع الفقهاء وأخرجه أصحاب الصحيح وعن مالك فى تحديد ذلك روايتان روى عنه أبو الفرج عمرو بن محمد ان ذلك لا يجوز الا فى أقل من خمسة أوسق وروى عنه المصريون انه يجوز فى خمسة أوسق دون ما زاد عليها وجه منعه اياه فى الخمسة أوسق ان هذا الحكم خص باللفظ العام فى النهى عن المزابنة وبيع الثمرة فوجب أن يثبت التخصيص بما تيقن منه دون ما لم يتيقن والذى تيقن منه دون خمسة أوسق والخمسة مشكوك فيها فلا يقع بها تخصيص لفظ عام ثابت ووجه الرواية الثانية ان الحدود وضعت لتبيين المحدود وتمييزه من غيره فيجب أن يكون فى نهاية البيان ويتعلق بالالفاظ التى لا اشتراك فيها والا لم يقع التحديد بها وما دون خمسة أوسق لفظ مشترك لا يختص بمقدار ما فلا يجوز أن يكون حدا بين ما يجوز وما لا يجوز وأما خمسة أوسق فمختصة بمقدار ما فكانت أولى بأن تكون حدا (فرع) فاذا خرصت عرية فكانت أقل من خمسة فلما جدها وجد فيها أكثر من خمسة أوسق ففى المدنية من رواية صدقة بن حبيب عن مالك ان الفضل لصاحب

* وحدثنى عن مالك عن داود بن الحصين عن أبى سفيان مولى ابن أبى أحمد عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق يشك داود * قال خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق

العرية ولووجدمنه أقل ممـاخرص عليه ضمن له الخرص وهذا اذا كان له مفردا ولوخلطه قبل أن يكيله لوفاه ماضمنه ولم تـكن عليه زيادة ولانقصان ص ﴿ قال مالك وانمـاتباع العرايابخرصهامن التمر يتحرى ذلك و يخرص فى رؤس النخل وليست له مكيلة وانمـا ارخص فيه لانه أنزل بمنزلة التولية والاقالة والشركة ولوكان بمنزلة غيره من البيوع ماأشرك أحـدأحدا فى طعام حتى يستوفيه ولا اقاله منه ولاولاه أحدا حتى يقبضه المبتاع ﴾ ش وهذا كما قال ان العرية لاتباع على شرط التبقية الا بخرصها تمرا ولايجوز أن تـكون بسرا ولارطبا وقد تقدم ذكره ولايجوز أن تباع بغير جنسها من الطعام ولابغيره الابعد الجدلان التخلية بينه و بينها ليست بقبض لهـا بدليل ان الجائحة تثبت فى الثمرة بعـد تخلى البائع عنها الى المبتاع وهى فى أصـل شجره و يجب على البائع سـقيها فلو كان ذلك قبضا لـكانت من ضمان المبيـع و يجوز أن يباع بالذهب والورق وغيرذلك من العروض

(فصل) وقوله و يجوز بيعها بخرصها من التمر يتحرى ذلك فى رؤس النخل وليست له مكيلة يريد ان ذلك يجوز فيها للحاجة اليـه ولتعذر الـكيل فيها مادامت فى رؤس النخل وهو الوجـه الذى يباع عليه وانمـا ارخص فيه لذلك كما ارخص فى الاقالة والشركة والتولية فيجوز فيها لمـا فيه من المعروف مالا يجوز فى غيرها من العقود من بيع الطعام قبل استيفائه

﴿ الجائحة فى بيع الثمار والزرع ﴾

ص ﴿ مالك عن أبى الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن انه سمعها تقول ابتاع رجـل ثمر حائط فى زمان رسول الله صـلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقيله فحلف أن لا يفعل فذهبت أم المشترى الى رسول الله صـلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى الى رسول الله صـلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله هوله ﴾ ش قوله فعالجه وقام فيـه حتى تبين له النقصان يحتمل أن يريد حتى تبين له نقصان قيمته عن الثمن الذى اشتراه به ويحتمل أن يريد به حتى تبين له نقصان ثمره عما قدر فيه وذلك أيضا يحتمل وجهين أحدهما أن يتبين له من أمر الثمرة مع بقائها على ما كانت عليـه حين ابتياعها من تقصيرها عما كان قدر فيها والثانى أن يتبين النقصان بجائحة طرأت عليها الا ان ادخال مالك لهذا الحـديث فى هـذا الباب يدل على انه حمله على الجائحة وذلك انه أورد الجملة على تبين النقصان فالظاهر انه عـلله والجائحة من باب النقصان فلذلك أنـكر على من تألى أن لا يضعها

(فصل) وقوله فأتى رب الحائط وسأله أن يضع عنه أو يقيله يحتمل وجهين أحـدهما انه سأله ذلك على وجه الرغبة اليه وما جرت به العادة أن يستوضع الناس بعضهم بعضا عند المتاجره فذلك لا بأس به رواه ابن المواز عن مالك وروى عنه أيضا انه قال غيره أحسن منه وجـه اباحته ان الارفاق معروف فـكان مباحا للغـنى والفقير كاستعارة الثوب والدابة ووجـه استحسان غـيره ما فيه من السؤال والخضوع والامتهان لمخلوق فى غرض دنيا لا تدعو اليه حاجة وقد قال النبى صـلى الله عليه وسلم اليد العليا خـير من اليد السفلى وكذلك ان قال له ان وضعت عنى والا خاصمتك قال أصبغ أو يقول ان وضعت عنى والا وجدت عيبا فان هـذا ممنوع منه (مسئلة) والثانى أن يكون انما سأله أن يضع عنه بقدر الجائحة التى تثبت له على وجه استدعاء الحق على وجـه الرغبة وقوله فحلف أن لا يفعل يجب

قال مالك وانما تباع العرايا بخرصها من التمر يتحرى ذلك ويخرص فى رؤس النخل وليست له مكيلة وانما ارخص فيه لأنه انزل بمنزلة التولية والاقالة والشرك ولو كان بمنزلة غيره من البيوع ما أشرك أحد أحدا فى طعام حتى يستوفيه ولا أقاله منه ولا ولاه أحدا حتى يقبضه المبتاع

﴿ الجائحة فى بيع الثمار والزرع ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن أبى الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن انه سمعها تقول ابتاع رجل ثمر حائط فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقيله فحلف أن لا يفعل فذهبت أم المشترى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله هوله

أن يكون ممنوعا على وجهين سأله التخفيف عنه على وجه المعروف أوسأله أن يسقط عنه مايجب عليه اسقاطه من الجائحة

(فصل) وقوله فذهبت أم المشترى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتمل انها مضت تتشفع بالنبى صلى الله عليه وسلم حين امتنع من الوضيعة على حسب مافعل جابر حين اشتد عليه الغرماء ويحتمل انها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجه الاستفتاء والاستعلام لما يجب لابنها وعليه فيما قضت عليه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا انكار لحلفه على مثل هذا وتدبر لما حمل يمينه أوحلفه وليس فى ذلك مايقتضى الحكم للمشترى بجائحة ولا غيرها وانما فيه انكار لحلفه أن لا يفعل خيرا فان كان بعد هذا يتقرر من قولهما مايوجب الحكم عليه حكم عليه بوضع الجائحة وان تقرر من قولهما مالا يوجب الحكم عليه فتأليه على أن لا يفعل خيرا ثابت فى نفسه

(فصل) وقول البائع لما بلغه قول النبى صلى الله عليه وسلم هو له اقلاع عما أتاه من الحلف على أن لا يضع من المبتاع شيأ يبالغ فى الاقلاع والتوبة والرجوع الى مراد النبى صلى الله عليه وسلم والمسارعة الى ماتبين له من مذهبه بأن وضع عنه أوأقاله قال مالك فى العتبية فى قوله هو له لا أدرى الوضيعة أوالاقالة وكذلك كانوا رضى الله عنهم سراعا الى امتثال أوامره واجتناب نواهيه ولذلك كانوا خير أمة أخرجت للناس واختارهم الله لصحبة نبيه ونصرته رضى الله عنهم أجمعين ص ﴿مالك انه بلغه ان عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا﴾ ش قوله قضى بوضع الجائحة الجائحة اسم لكل مايجيح الانسان وينقصه الا أن هذا له عرف فى الشرع واللغة فاذا أطلق فهم منه فساد الثمرة وهو الذى وضع عمر عن المبتاع قدره من الثمن وبهذا قول مالك اذا كانت الجائحة أذهبت ثلث الثمرة فأكثر وقال أبو حنيفة جميع ذلك من المشترى وبه قال الليث والشافعى فى الجديد والدليل على مانقوله ما أخرجه مسلم من حديث أبى الزبير عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيأ بم يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ودليلنا من جهة القياس ان هذه ثمرة أصابتها جائحة قبل أن تستغنى عن أصلها فجاز أن يرجع بها على البائع أصله اذا كان ذلك بعطش (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان دعا البائع الى رد الثمرة اليه ان لم يرض المبتاع بالمتاركة لم يكن له ذلك ووضع الجائحة عن المشترى قاله مالك فى المختصر الكبير ولو شرط البراءة من الجائحة البائع لم ينفعه ذلك ووضع الجائحة قاله مالك فى كتاب ابن المواز ووجه ذلك ماذكرناه من اشتراط نقل الضمان عن محله اذا كان له عرف لا يؤثر فى نقله ويصح العقد دونه * اذا ثبت ذلك فان فى الجوائح ثلاثة أبواب * الباب الاول فى تبيين ما يكون من المتلفات جائحة * والباب الثانى فى تبيين ماتوضع فيه الجائحة * والباب الثالث فى مقدار ما يكون من ذلك جائحة

(الباب الاول فى تبيين ما يكون من المتلفات جائحة)

اختلف أصحابنا فى معنى مايوضع من الجوائح فعند ابن القاسم ان مالا يستطاع دفعه وان علم به فانه يكون جائحة ولا يستطاع دفعه ان علم به فلا يكون جائحة كالسارق قاله فى كتاب ابن المواز وهو مذهب ابن نافع فى المدونة وروى عن ابن القاسم فى المدونة ان كل ما أصاب الثمرة بأى وجه كان فهو جائحة سارقا كان أوغيره وقال مطرف وابن الماجشون لا يكون جائحة الا ما أصاب الثمرة من أمر

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

السماء من عفن أو برد أو عطش أو فساد بحر أو برد أو بكسر الشجر وأما ما كان من صنع آدمي فيبس بجائحة فوجه رواية ابن المواز عن ابن القاسم ما احتج به له ان السارق لو علم به لأ مكنه دفعه فلا يكون ذلك جائحة لان المبتاع حينئذ مفرط في حفظ الثمرة ومضيع لها فكان ذلك منه ووجه رواية سحنون عنه انه من ضمان البائع فعلى أي وجه تلفت كان ذلك جائحة توضع عن المشترى لان ما تلف لم يسلم اليه ووجه الرواية الثانية أن الثمرة في يد المبتاع قد سلمها اليه البائع على نهاية ما يمكنه من التسليم فليس عليه حفظها له ولا ضمان عليه فيها الا ما كان في جهة الأصل لاستحقاقه عليه السقى الى تناهى نضجها وكمال صلاحها ولو كان يضمنها بالسارق والعطش لكان عليه حفظها وذلك لا يقوله أحد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الجائحة على ضربين جائحة من قبل الماء وجائحة من قبل غير الماء فأما الجائحة من قبل الماء فان كانت من قبل العطش فقد قال مالك في الواضحة يوضع قليل ذلك وكثيره كانت شرب مطر أو غيره وكذلك قال ابن القاسم ووجه ذلك أن هذه منفعة من شرط تمامها السقى فوجب أن يوضع عن المشترى قليلها وكثيرها كمنفعة الارض المكتراة والفرق بينها وبين سائر الجوائح أن سائر الجوائح لا تنفك الثمرة من يسيرها وهذه تنفك الثمرة من يسيرها فالمشترى داخل على السلامة منها ولم يدخل على سلامتها من يسير العفن والأكل وأما الجائحة بكثرة المطر فهو نوع من العفن فكان حكمه حكم سائر العفن يصح كثيره دون قليله

(الباب الثاني في تبيين ما توضع فيه الجائحة)

أما ما يعتبر به في وضع الجائحة فانه يرجع الى معنيين أحدهما جنس الثمرة والثاني معنى يقترن بها فأما جنس الثمرة فهو كل بيع يحتاج الى بقائه في أصله وحاجته الى ذلك تكون على ضربين أحدهما لانتهاء صلاحها وطيبها كثمرة النخل والعنب اذا اشترى عند بدو صلاحه وكثمرة التفاح والتمر والبطيخ والورد والياسمين والفول والجلبان والثاني يحتاج اليه لبقاء رطوبته ونضارته كثمرة العنب اشتريت بعد انتهاء طيبها وكالبقول والقصيل والأصول المغيبة من الجزر والسلجم والبصل والثوم فأما ما يحتاج الى بقائه في أصله لتمام صلاحه فلا خلاف عندنا في وضع الجائحة فيه وأما ما لا يحتاج الى بقائه في أصله لتمام صلاحه ولا لبقاء نضارته كالتمر اليابس والزرع فلا خلاف في أنه لا يوضع فيه جائحة لان تسليمه قد كمل بتخلى البائع عنه الى المبتاع لانه ليس له في أصله منفعة مستثناة يستنظر استيفاءها فصار ذلك بمنزلة الصبرة الموضوعة في الأصل وأما ما يحتاج الى بقائه في أصله لحفظ نضارته كالعنب يشترى بعد تمام صلاحه وكالقصيل والبقول والقصب والقرط والأصول المغيبة فقد اختلف أصحابنا في مسائل يجب ردها الى أصل واحد فروى ابن القاسم في المدنية ان من اشترى التمر في رؤس النخل قد طابت طيبا بينا فأصابتها الجائحة فليس على البائع من ذلك شئ لانه مثل ما في الخرائز وروى أصبغ عن ابن القاسم انه سئل عن قصب السكر فقال لا توضع فيه جائحة لانه لا يباع حتى يتم وقال سحنون اذا تناهى العنب وآن قطافه حتى لا يتركه تاركه الا لسوق يرجوه أو لشغل يعرض له لم توضع فيه جائحة وروى سحنون عن ابن القاسم في قصب السكر والخرز وسائر البقول والقصيل الجائحة وبه قال ابن عبد الحكم وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فيمن اشترى فاكهة أو رطبا فطابت وأخرها رجاء النفاق فاصابتها جائحة ولو عجل بها لم تصبها جائحة قال يوضع عنه الثلث وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ذلك على البائع مالم تيبس الثمرة فعلى رواية أصبغ عن ابن القاسم لا يراعى حفظ نضارته وانما يراعى تكامل صلاحه ويجب

أن يجرى هذا المجرى كل ما كان هذا حكمه كالقصيل والقصب والبقول والقرط فلا توضع جائحة في شيء من ذلك وعلى رواية سحنون توضع الجائحة في جميعه وجه رواية أصبغ ان الضمان بجائحة الثمرة انما يلزم البائع ما بقي عليه فيها من حق التوفية لان ما يلزمه من تمام صلاح الثمرة لم يوجد فلا يصح تسليم الثمرة الا بعد وجوده فاذا وجد كمال الصلاح بعد تسليم الثمرة سقط عنه الضمان وما يرجوه المبتاع من حفظ رطوبته ونضارته ببقائه في أصله فذلك حفظ لمبيع قد وجد وليس على وجه الانتظار لمبيع لم يوجد ألا ترى أن من باع منه قمحا فكاله عليه في ليل أو وقت لا يمكن نقله فان المبتاع يبقى الطعام في موضعه حفظا له الى أن يمكن نقله ومع ذلك فان البائع لا يكون ضامنا له ووجه الرواية الثانية أن بقاء الثمرة في الأصل لحفظ رطوبتها ونضارتها وجه مقصود معتاد وعليه ابتاع المبتاع لان في جد الثمرة جهة فساد لان ذلك يتلف رطوبتها ولا يمكن أكلها على المعهود الا شيأ بعد شيء ولا يتأتى بيع جميعها وجده جملة في الغالب فنقول ان الثمرة مبقاة في الأصل لمعنى معتاد مقصود فثبت فيها الحكم بالجائحة كالمبقاة لتمام الصلاح ولذلك استويا في وجوب السقي على البائع فان أخرها المبتاع عن المعتاد من حالها فأجيحت بعد ذلك فهي منه وانما اختلف في وضع الجائحة في البقول لاختلاف قول أصحابنا في هذا الأصل فعلى القول الأول لا توضع فيه جائحة وعلى القول الثاني توضع فيه الجائحة والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالبقل من هذا النوع الذي توضع فيه الجائحة على وجه البيع المحض مفردا عن أصله والجائحة توضع فيه فأما ما كان مهرا في نكاح فاختلف أصحابنا فقال ابن القاسم لا جائحة فيه وقال ابن الماجشون فيه الجائحة وجه قول ابن القاسم ان هذا عقد لا يقتضي المغابنة والمكايسة وانما يقتضي المواصلة والمكارمة ووضع الجائحة ينافي ذلك ووجه قول ابن الماجشون ان هذا عقد ثبت فيه الرد بالعيب فثبت فيه وضع الجائحة كالبيع المحض (مسئلة) ومن اشترى عرية فقد قال مالك وابن القاسم وابن وهب توضع فيها الجائحة وقال أشهب لا توضع فيها جائحة ووجه ذلك ان هذه ثمرة يضمنها بخرصها تمرا الى الجداد فسقط عنه ذلك بالجائحة كالزكاة ووجه قول أشهب انه اشتراها لدفع الضرر وهذا اذا كانت العرية نخلا معينة وان كانت أوسقا من حائط فلم يبق الا مقدار تلك الأوسق لزم المبتاع أداؤها بمنزلة من أوصى بثمرة حائطه لانسان ولآخر منه بخمسة أوسق فتلفت الثمرة الا خمسة أوسق فان جميعها له دون من أوصى له بسائر الثمرة قاله في المبسوط (مسئلة) ومن باع ثمر حائطه واستثنى منه أصوعا مقدرة فأجيحت فقد روى ابن القاسم وأشهب عن مالك توضع من العدد المستثنى بقدره وقال ابن القاسم في المدنية ان قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع من المستثنى شيء وان بلغت الثلث وضع عن المبتاع مما استثنى البائع بقدر ما يوضع عنه من ثمن الثمرة قال ابن القاسم وهذا بخلاف الصبرة يبيعها ويستثني منها كيلا يكون الثلث فأدنى فتهلك الصبرة الا ما استثنى البائع منها فان ذلك له دون المبتاع والله أعلم وروى عنه ابن وهب لا يوضع من العدد المستثنى قليل ولا كثير أجيح أكثر الثمرة أو أقلها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي مبني على ما يقتضيه اختلاف قول مالك في المستثنى من الثمرة كيلا فعلى ما يقتضيه قوله من أن المستثنى يتناوله البيع وارتفع بعد ذلك بعقد الاستثناء فلا جائحة فيه لان البائع ابتاع من المشتري ما استثناه من عدد الأوسق فوجب أن يكون استثناؤه مقدما في ثمرة أو حائط ولو لم يبق من الحائط غير ذلك وعلى ما يقتضيه قوله ان المستثنى لم يتناوله البيع وانما ابقاه الاستثناء على ملك

البائع فان ذلك قد صار به البائع شريكا للمبتاع فوجب أن تكون الجائحة بينهما على قدر مال كل واحد منهما من ثمرة الحائط والله أعلم

(الباب الثالث فى تبيين مقدار الجائحة التى توضع)

وجملته ان المبيع من هذا الجنس على ثلاثة أنواع ثمار التين والتمر والعنب وماجرى مجراها من الجوز واللوز والتفاح فهذه يراعى فى جوائحها الثلث فان قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع عن المشترى منها وان بلغت الثلث وضع عنه جميعها ونوع البقول وهو سائر أنواع البقول والأصول المغيبة مما الغرض فى أعيانها دون مايخرج منها وقد تقدم من قولنا ان فيها روايتين احداهما نفى ذلك جملة والثانية اثباتها فاذا قلنا باثبات حكم الجائحة فيها فهل يعتبر فيها الثلث أم لا روى ابن القاسم عن مالك أن الجائحة توضع فيها قليلها وكثيرها بلغت الثلث أوقصرت عنه وفى المدنية عن ابن القاسم عن مالك الا أن يكون الشئ التافه وروى على بن زياد عنه لايوضع من جائحتها الامابلغ الثلث وجه رواية ابن القاسم ان البقول لما لم يجز بيعها الاعند جدها وجب أن يستوفى قليل مايتلف منها وكثيره كالمكيل والموزون ووجه رواية على بن زياد ان هذا مبيع ثبت فيه حكم الجائحة فاعتبر فيها الثلث كالثمرة ونوع ثالث يجرى مجرى البقول فى أن أصله مبيع مع ثمرته ويجرى مجرى الأشجار فى أن المقصود منه ثمرته كالقثاء والبطيخ والقرع والباذنجان والفول والجلبان فهذا روى ابن القاسم وجميع أصحابنا ان الثلث يعتبر فى جائحتها وقال أشهب فى كتاب ابن المواز المقاثئ كالبقل توضع الجائحة فيها قليلها وكثيرها دون اعتبار ثلث وجه رواية ابن القاسم ان المقصود من البيع الثمرة فوجب أن يكون حكمها حكم الثمرة ووجه قول أشهب ان هذا نبات ليس له أصل ثابت فلم يعتبر فيه بالثلث كالبقول (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان المبيع من الثمار فى عقد واحد أجناسا مختلفة عنبا وتينا ورمانا وسفرجلا وياسمينا ووردا فأصيب جنس منها بجائحة وسلم سائرها فان جائحة كل جنس من ذلك معتبر بنفسه ان بلغت ثلثه وضعت وان قصرت عنه لم توضع رواه ابن حبيب عن مالك وروى ابن المواز عن أصبغ ان جائحة المصاب معتبرة بالجملة سواء كان ذلك فى حائط واحد أو حوائط مختلفة ووجه قول مالك ان الجائحة انما يعتبر فيها الثلث ليتميز ماليس بجائحة من الأمور المعتادة فاذا بلغ ثلث هذا الجنس ثبت انه جائحة ووجب وضعها ولو اشترى رجل حوائط كثيرة من جنس واحد فأصابت الجائحة حائطا منها لاعتبر ثلث الجملة وبهذا تعلق أصبغ فى اعتبار ثلث الجملة والأجناس (فرع) وكيف يكون الاعتبار بالثلث أما على قول أصبغ فيعتبر بثلث الجملة فى الأجناس المختلفة وصفة العمل فى ذلك أن ينظر الى قيمة الجنس الذى أصابته الجائحة من سائر الأجناس فان كانت قيمته ثلث الجملة حكم بجائحته ولايعتد بثلث الثمرة اذا ذهب الجنس كله فان ذهب بعضه فان ابن القاسم ينظر الى الجنس الذى أصيب وان كانت قيمته بقدر ثلث قيمة الجملة فان أصيب ثلث ثمرته حكم بالجائحة وان أصيب أقل من ثلث الثمرة فلا جائحة فيه وان كان ذلك الجنس أقل من ثلث الجملة فى القيمة فلا جائحة فيه وان أصيب جميعه وقال أصبغ انما ينظر فى ذلك كله الى ثلث القيمة فان أصيب من الجنس الواحد مايفى ثلث قيمة الجملة فهى جائحة وان كان أقل من ذلك فليست بجائحة ووجه قول ابن القاسم ان التقويم يحتاج اليه فى اختلاف الأجناس فاذا كان النوع واحدا ورجع الى الاعتبار به فالاعتبار بقدر الثمرة كما لو كانت مفردة ووجه قول أصبغ ان الاعتبار يجب أن يكون بقيمة الجملة أو بقدر ثلث الثمرة الجاحة وأما ان يعتبر

الأمر ان جميعا فذلك خلاف الأصوب (مسئلة) وان كان المبيع جنسا واحدا أو أنواعا مختلفة فأصيب نوع منها فلا خلاف بين أصحابنا في أن الاعتبار بثلث جميع المبيع وهل يعتبر بثلث قيمته أو ثلث الثمرة روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم وعبد الملك أن الاعتبار بثلث الثمرة وروى عن أشهب أن الاعتبار بثلث القيمة وأما ان كان نوعا واحدا فانه على ضربين أحدهما أن يحبس أوله على آخره كالتمر والعنب فهذا لا خلاف في المذهب أن الاعتبار في جائحته بثلث الثمرة وان كان مما لا يحبس أوله على آخره كالقثاء والبطيخ والخوخ والتفاح قال ابن حبيب وابن المواز والرمان فهاهنا يعتبر ابن القاسم أيضا ثلث الثمرة وأشهب يعتبر بثلث القيمة وجه القول الأول ان الثلث انما اعتبر ليميز به النقص الذي يكون جائحة من النقص المعتاد الذي لا يكون جائحة وذلك لا يكون الا باعتبار ثلث الثمرة ووجه قول أشهب أن المقصود هو القيمة وبسببها يزيد الثمن وينقص وقد يكون اليسير من الثمر له معظم الثمن ولو أصيب اليسير منها وقليله كيسير الثمن يلحقه الضرر كما انه اذا أصيب الكثير منها ولا قيمة له لم يلحقه كثير ضرورة (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم نظرت الى ثلث الثمرة فان بلغته الجائحة وضعت عن المشتري وان لم تبلغ الاعشر القيمة وان قصرت عن ثلث الثمرة لم يوضع عنه شيء وان بلغت تسعة أعشار القيمة وان قلنا بقول أشهب نظر الى ثلث القيمة فان بلغته الجائحة وضعت عن المبتاع وان كانت لم تبلغ الاعشر الثمرة وان لم تبلغ ثلث القيمة لم توضع وان بلغت تسعة أعشار الثمرة ص ﴿ قال مالك والجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعدا ولا يكون فيما دون ذلك جائحة ﴾ ش وهذا كما قال ان الجائحة التي توضع هي ما بلغت ثلث الثمرة أو القيمة على ما تقدم وان قصرت عن ذلك في الثمار لم توضع عن المشتري وهو معنى قوله فلا يكون في ذلك جائحة وقال الشافعي يوضع قليل ذلك وكثيره في الثمرة وغيرها والدليل على صحة ماذهب اليه مالك ان الثمار لا تنفك من ذلك ولا تسلم من يسير العفن وأكل الطير فهذا مما دخل عليه المشتري فلا يكون له الرجوع به ولو كان له الرجوع به لما صح بيع ثمر أبدا لانه لا يصح أن يسلم جميعها بوجه لان كل بيع يتعين فيه يتعذر فيه تسليم المبيع باطل ولما أجمعنا على صحة بيع الثمرة وصحة وضع الجائحة على أن الذي يوضع ما ينفك عنه غالبا تلف الكثير (مسئلة) فان أصابت الجائحة معظم الثمرة لزم المبتاع قيمتها بخلاف من اشترى صبرة طعام أو غيره فاستحق معظمها أو اشترى طعاما على الكيل فذهب معظمه قبل الكيل فانما لا يلزم المبتاع بقيته والفرق بينهما أن الجوائح معتادة لا تسلم الثمرة من يسيرها وكثيرها متكرر فيها فالمبتاع يدخل على الرضا بما بقي منها ولذلك لزمه النقد فيها ولو لم يلزمه الباقي لما جاز النقد فيها بالشرط وليس كذلك استحقاق الصبرة أو اتلاف بعض الصبرة المشتراة على الكيل فانه نادر والمبتاع لم يدخل عليه ولذلك جاز له النقد فيه

﴿ ما يجوز في استثناء الثمر ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد كان يبيع ثمر حائطه ويستثني منه ﴾ ش قوله كان يبيع ثمر حائطه بيع ثمر حائطه على ثلاثة أضرب أحدها أن يبيع منه مكيلة معروفة والثاني أن يبيع الجميع على أن فيه كذا وكذا صاعا بالخرص والثالث أن يبيعه منه جزافا فأما بيع الأصوع منه فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى * وأما ان باعه على أن فيه كذا وكذا صاعا على التحري فقد قال الشيخ أبو القاسم ذلك غير جائز قال القاضي أبو محمد لان التحري فيه من باب

* قال مالك والجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعدا ولا يكون ما دون ذلك جائحة

﴿ ما يجوز في استثناء الثمر ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد كان يبيع ثمر حائطه ويستثني منه

الغرر وقاسه على الصبرة من الطعام لايجوز بيعها على التحرى على ان فيها عدد أصوع ووجه هذا عندى أن الاعتبار فى مقدار مايبيعه بالتحرى والكيل يكثر به الغرر والخطر لاجتماعهما * وأما ان يبيعه جزافا فان ذلك جائز ولا خلاف فيه ووجه ذلك انه مرئى يتأتى فيه الحزر فجاز بيعه جزافا (فصل) وقوله ويستثنى منه يحتمل أن يريد به كيلا ويحتمل أن يريد جزأ شائعا ويحتمل أن يريد نخلات يختارها فأما استثناء الجزء الشائع منه فانه جائز ان كان أقل من النصف وان كان أكثر من النصف فالذى عليه مالك وأصحابه ان ذلك جائز أيضا وعبد الملك بن الماجشون لا يجيز استثناء الأكثر من الجملة بوجه وقد ذكرناه فى أحكام الفصول ووجه قول مالك ان الغرض معلوم من ذلك عار من الغرر فوجب أن يصح لانه اذا قال له أبيعك هذا الحائط الا تسعة أعشاره فالمفهوم بعتك عشره وذلك جائز وهذا الخلاف انما يرجع الى اللفظ والله أعلم وأحكم وسيأتى الكلام على القسمين الباقيين ان شاء الله تعالى ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبى بكر ان جده محمد بن عمرو بن حزم باع ثمر حائط له يقال له الافرق باربعة آلاف درهم واستثنى منه بثمانمائة درهم تمرا ﴾ ش قوله استثنى منه يريد من ثمره وقوله بثمانمائة درهم لا يخلو أن يكون استثنى منه جزأ شائعا على مثل هذا الغرر أو استثنى منه على كيل معلوم بسعر معلوم قدره فان كان استثنى منه جزأ شائعا فذلك ماقدمناه لانه استثنى منه الثلث الخمس وان كان استثنى منه على الكيل بسعر متقرر فيجوز أن يستثنى منه قدر الثلث فأقل من الثمرة ولا ينظر الى الثمر لانه لو تقدر هذا بالثمر لجاز أن يستثنى منه الأكثر وذلك غير جائز على ماسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى ص ﴿ مالك عن أبى الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة ان أمه عمرة بنت عبد الرحمن كانت تبيع ثمارها وتستثنى منها قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الرجل اذا باع ثمر حائطه له أن يستثنى من ثمر حائطه مابينه و بين ثلث الثمر لايجاوز ذلك وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك ﴾ وهذا كما قال ان مذهب أهل المدينة على ماذكره ان من باع ثمرة حائطه جزافا فان له أن يستثنى منه كيلا مابينه و بين الثلث خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما لا يجوز أن يستثنى منه قليلا ولا كثيرا والدليل على صحة ماذهب اليه مالك أن هذا استثناء لا يدخل غررا فى المبيع فلم يمنع صحة العقد أصل ذلك اذا استثنى جزأ شائعا (مسئلة) وله أن يستثنى ذلك بسرا أو رطبا أو تمرا قاله أصبغ ووجه ذلك أن المستثنى يبقى على ملك البائع فما يفسده بقاؤه على ملك البائع لا يفسد للجهل بماله أصل ذلك سائر املاكه (مسئلة) وهذا اذا كان الحائط نوعا واحدا فان كان أنواعا كثيرة فاستثنى منه من كل نوع قدر ثلثه جاز ذلك وان استثنى من نوع من أنواعه أكثر من ثلثه الا أنه أقل من ثلث الجملة روى فى العتبية أشهب عن مالك له أن يستثنى منه قدر ثلث الثمرة المبيعة ومنع من ذلك ابن القاسم وأشهب ورواه ابن المواز عن مالك وجه الرواية الاولى ان الاعتبار بثلث الحائط فى الاستثناء لأن الغرر انما يبقى فى الكيل دون القيمة ولا يبقى هذا أكثر من انه استثناء من أفضل أنواع الحائط وتلك صفة رضيها المبتاع لا تدخل غررا فى الكيل والقدر فوجب أن يصح ووجه الرواية الثانية ان الغرض قد يكون فى نوع منه ويشترى الجملة لاجله واذا استثنى منه كيلا أكثر من ثلثه أدخل غررا فى المقصود من البيع وربما استثنى منه مايقصر عنه جميعه (مسئلة) ولو باع منه صبرة طعام جزافا لكان حكمها فى جواز استثناء ثلثها بالكيل ومنع مازاد على ذلك حكم الثمرة وحكى القاضى أبو محمد عن ابن الماجشون انه لا يجوز أن يستثنى من الصبرة قليلا ولا كثيرا كيلا ولا جزأ مشاعا قال ورواه عن مالك واحتج بذلك ان الجزاف انما جاز بيعه للضرورة لما يريد-

* وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن أبى بكر أن جده محمد بن عمرو بن حزم باع ثمر حائط له يقال له الافرق بأربعة آلاف درهم واستثنى منه بثمانمائة درهم تمرا * وحدثنى عن مالك عن أبى الرجال محمد ابن عبد الرحمن بن حارثة أن أمه عمرة بنت عبد الرحمن كانت تبيع ثمارها وتستثنى منها * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الرجل اذا باع ثمر حائطه ان له أن يستثنى من ثمر حائطه مابينه و بين ثلث الثمر لايجاوز ذلك وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك

البائع أن يزيل عن نفسه مشقة الكيل والوزن فاذا استثنى منه جزأ فلا بد له من الكيل فلا يقصد الا المخاطرة فى قدر المبيع والفرق بين الصبرة والثمرة ان الثمرة لا يتأتى فيها الكيل والصبرة يتأتى فيها الكيل وهذا عندى يكون فيه قولان على حسب اختلاف القول فى استثناء المبتاع بعض الثمرة المأبورة مع الاصل و بعض الثمرة التابعة للدار المكتراة فهذا على تسليم هذه العلة زاد على منعها وقوله ان الجزاف فى البيع أصل فى نفسه لما قدمناه من تأتى الحزر فيه فلا يلزم ما قاله عبد الملك

(فصل) وقوله ما بينه وبين ثلث الثمرة لا يجاوز ذلك يريد ان استثناء ما زاد على قدر ثلث الثمرة بالكيل يكثر به الغرر فلا يجوز ذلك فان وقع ذلك فى المدنية عن عيسى يفسخ البيع فان كان المبتاع قد جدها وقد قبض البائع ما استثناه رد المبتاع كيل التمر الذى أخذ ان عرف كيله وان لم يعرف كيله فقيمته خرص ذلك لان هذا حكم ما يفسخ فيه البيع مما له مثل ص ﴿ قال مالك فأما الرجل يبيع ثمر حائطه ويستثنى من ثمر حائطه ثمر نخلة أو نخلات يختارها ويسمى عددها فلا أرى بذلك بأسا لان رب الحائط انما استثنى شيأ من ثمر حائط نفسه وانما ذلك شئ احتبسه من حائطه وأمسكه لم يبعه وباع من حائطه ما سوى ذلك ﴾ ش استثناء الرجل من حائطه فى البيع عدد نخلات يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يعينها وذلك لا خلاف فى جوازه لانه أوقع البيع على سائرها وهو معين والثانى أن يطلق القول فيقول أبيع منه هذا الحائط غير أربع نخلات أو خمس فهذا البيع جائز لان له وجها فى الصحة ومخرجا يتوجه اليه وذلك انه يكون شريكا بما استثناه من العدد فى عدد جميع الحائط فان كان استثنى خمسة والحائط خمسون كان له عشر الثمن مشاعا وان كان الحائط أربعين كان له ثمن الثمر وعلى هذا الحساب يكون شريكا (مسئلة) وان كان البائع شرط اختيار ما استثنى منها فان كان استثنى الكثير لم يجز ذلك وان كان استثنى اليسير جاز ذلك عند مالك ومنع منه ابن القاسم وجه قول مالك ما احتج به من ان المستثنى ليس بمتنع فلا يفسد بغرر ولا شئ مما تفسد به البيوع ومعنى ذلك عندى ان ما يجوز فى اختياره من أن يأخذ شجرة ثم يتركها ويختار غيرها انما يفسدها ما انتقل الى المختار على غير وجه البيع أو كان باقيا على الملك فان ذلك لا يؤثر فيه ووجه قول ابن القاسم انه لا يجوز للبائع استثناء ما يختارها من الحائط لجواز أن يختار ثمرة ثم يتركها ويأخذ غيرها فيدخله التفاضل فى المطعوم ومثل هذا يجوز على البائع فى اختياره فيجب أن لا يجوز كما لا يجوز اختيار المبتاع (مسئلة) وان كان المبيع مما يجوز فيه التفاضل واشترط البائع اختيار عدد كثير منه لم يجز وان اشترط اختيار يسير منه جاز وجه ذلك أنه اذا اشترط الكثير ذهب بمعظم الجملة فدخل كثير الغرر فيما بقى منها أو الجهل بصفتها وتفاوت التغير فيها فعاد ذلك بفساد العقد وان اشترط اليسير منها بقى معظم الجملة فقل الغرر فيها وتفاوت أمرها ويجوز من المبتاع الانتفاع على اختيار الكثير والقليل والفرق بينهما ان ما بقى للبائع بعد اختيار المبتاع ليس بمبيع فلا يؤثر فيه الجهل بصفة ولا كثير الغرر وما بقى للمبتاع بعد اختيار البائع هو المبيع ففسد البيع بكثرة الغرر وجهله بالصفة

* قال مالك فأما الرجل يبيع ثمر حائطه ويستثنى من ثمر حائطه ثمر نخلة أو نخلات يختارها ويسمى عددها فلا أرى بذلك بأسا لأن رب الحائط انما استثنى شيأ من ثمر حائط نفسه وانما ذلك شئ احتبسه من حائطه وأمسكه لم يبعه وباع من حائطه ماسوى ذلك

﴿ ما يكره من بيع التمر ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء ابن يسار انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل فقيل له ان عاملك على خيبر يأخذ الصاع بالصاعين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿ ما يكره من بيع التمر ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل فقيل له ان عاملك على خيبر يأخذ الصاع بالصاعين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

أدعوه لى فدعى له فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أتأخذ الصاع بالصاعين فقال يارسول الله لايبيعوننى الجنيب بالجمع صاعا بصاع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا * مالك عن ابن عبد الحميد بن سهيل بن عبد الرحمن بن عوف عن سعيد بن المسيب عن أبى سعيد الخدرى وعن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يارسول الله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتفعل ذلك بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا * ش وهكذا قال يحيى ابن عبد الحميد والرواة يقولون عبد الحميد وقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل يريد صلى الله عليه وسلم ان هذا حكم بيع بعضه ببعض واذا اختص هذا الحكم به لم يكن له حكم مباح غيره بحرم التفاضل فلا خلاف فى ذلك فى الأربع المسميات البر والشعير والتمر والملح وقد ذكرت كلها فى حديث أخرجه مسلم من حديث أبى زرعة عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو ازداد فقد أربى لا ما اختلفت أوزانه وأخرجه من حديث عبادة بن الصامت فذكر الأربعة المذكورة وذكر معها الذهب والفضة وهذا الحديث وان كان فى اسناده بعض المقال فهذا المقدار منه قد تلقته الأمة بالقبول فوجب الحكم بصحته وذهب فقهاء الأمصار وجماعة الناس الى أن هذه المسميات أصول فى تحريم التفاضل لفروع لاحقة بها على اختلافهم فى اعيان تلك الفروع لاختلاف المعانى المتعدية اليها وذهب أهل الظاهر الى أن تحريم التفاضل مقصور عليها دون سائر المطعومات والدليل على تحريم التفاضل فى الاربعة قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والربا الزيادة فوجب أن يكون التفاضل حراما فى كل شئ لحق العموم الا ما خصه الدليل

(فصل) اذا ثبت ذلك فاختلف الناس فى علة تحريم التفاضل فى الأربع المسميات فروى مالك عن سعيد بن المسيب أن العلة عنده الكيل أو الوزن فيما يؤكل أو يشرب وقال أبو حنيفة العلة فى ذلك جنس مكيل أو موزون وقال الشافعى علة ذلك انه مطعوم جنس فاختلفت عبارات أصحابنا فى ذلك فاختار القاضى أبو اسحق انه مقتات جنس ومذهب مالك فى الموطأ أن العلة الاقتيات والادخار للاكل غالبا واليه ذهب ابن نافع وان خالفه فى معنى الادخار للاكل على ما سنبينه ان شاء الله تعالى قال مالك فلا تجوز الفواكه التى تيبس وتدخر الا مثلا بمثل يدا بيد اذا كانت من صنف واحد وجىء على ما روى عن مالك أيضا أن العلة الادخار للاقتيات فلا يجرى الربا فى الفواكه التى تيبس لأنها ليست بمقتاتة ولا يجرى الربا فى البيض لأنها وان كانت مقتاتة فليست بمدخرة * قال القاضى أبو الوليد وهذا القول عندى أجرى على المذهب وعلى ما يتعلق به أصحابنا من الحديث فالخلاف بيننا وبين أبى حنيفة فى فصلين أحدهما اننا نراعى الاقتيات وهو لا يراعيه بل يعدى ذلك الى كل موزون والفصل الثانى اننا نعدى العلة الى قليل المقتات الذى لا يتأتى فيه الكيل وهو لا يعديها اليه ويجوز فيه التفاضل والخلاف بيننا وبين الشافعى فى فصل واحد وهو انه يعدى العلة الى كل مطعوم من السقمونيا وشحم الحنظل والادوية وغيرها ونحن نقصرها على ما يقتات من المطعوم ولنا فى الدلالة على ما قلناه طريقان أحدهما أن ندل على صحة ماذهبنا اليه والثانى أن ندل على فساد ماذهبوا اليه والدليل لنا على صحة ماذهبنا اليه أن النبى صلى الله عليه وسلم نص

أدعوه لى فدعى له فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أتأخذ الصاع بالصاعين فقال يارسول الله لايبيعوننى الجنيب بالجمع صاعا بصاع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا * وحدثنى عن مالك عن عبد الحميد بن سهيل بن عبد الرحمن بن عوف عن سعيد بن المسيب عن أبى سعيد الخدرى وعن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يارسول الله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتفعل ذلك بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا

على التماثل فى الأربع المسميات على ما تقدم فى الحديث فلنا فيه دليلان أحدهما انه صلى الله عليه وسلم لما نص على أربعة أشياء مختلفة الاسماء والجنس علمنا أنه قصد الى ذكر أنواع الجنس الذى يجرى فيه الربا ولم يذكر الخربز والبطيخ ليدل به على الفواكه الرطبة ولاذكر السقمونيا ولا الطباشير ولا الاسارون لينبه به على الادوية ولاذكر الجير ولا الرماد لينبه به على المكيل والموزون فكان الظاهر من ذلك أنها ليست من أنواع الجنس فان الجنس لا يخرج عن حكم الأربع المسميات التى نص عليها ووجه ثان وهو انه لاخلاف أنه قصد بذكر هذه الأربع المسميات الى التنبيه على علة الربا فيها فأتى بألفاظ مختلفة الجنس والمعنى وهذا يقتضى أن العلة أخص صفة توجد فيها ووجدنا التمر يؤكل قوتا ويؤكل حلاوة وتفكها فلولا اقتران الحنطة والشعير به لحقت به الحلاوات والفواكه خاصة ووجدنا الشعير يؤكل من أدنى الاقوات ويكون علفا فلولا اقتران الحنطة والتمر به لجاز أن يلحق به أدنى الاقوات خاصة دون أعلاها ولجاز أن يلحق به العلف من القضب والقرط ووجدنا الملح مما يصلح الاقوات ويطيبها فلولا اقتران القمح والشعير به لجاز أن يلحق به الاقوات المصلحة ولجاز أن يلحق به الماء والبقول التى يصلح بها الطبخ ووجدنا البر أرفع الاقوات وما يقتات عاما فلولا اقتران التمر والشعير به لقصرنا حكمه على رفيع الاقوات ومنعنا الربا أن يجرى فى أدونها أو يجرى فى الارز وغيره مما لا يعم اقتياته ولو أراد عموم العلة لاكتفى باسم واحد منها لأنه لاخلاف ان كلما كثرت أوصاف العلة كانت أخص وكلما قلت كانت أعم وأما الدليل على ابطال ماقالوه ان كل جنس ثبت فيه الربا بالعلة فان اختلاف الصفات عليه مع بقاء عينه لا يغير حكمه ولا يخرجه عن علته كالذهب والفضة وبيان ذلك أن الدنانير والدراهم لما ثبت الربا فيها بعلة الوزن عندهم وبعلة أنها أصول الاثمان وقيم المتلفات عندنا لم يزل حكم الربا عنها على أى وجه كانا من نقار أو تبر أو سكة أو صياغة جرت موزونة أو عددا ثم نظرنا فى الحنطة اذا طحنت وخبزت فانها لاتخلو من أحد أمرين اما أن يكون الربا ثابتا فيها أو غير ثابت فان كان ثابتا حصل ان اختلاف الصفات عليها أخرجها عن علتها فى الربا وأوجب أن يعلل الربا فيها بعلة أخرى وذلك مؤذن ببطلان العلة الأخرى وان كان غير ثابت وجب أن يكون اختلاف الصفات على الجنس الذى ثبت فيه الربا يسقط الربا عنه وذلك باطل باتفاق

(فصل) وأما الدليل على الفصل الثانى وهو ان الربا يجرى فى قليل الحنطة فهو ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال التمر بالتمر مثلا بمثل والحنطة بالحنطة مثلا بمثل والشعير بالشعير مثلا بمثل والملح بالملح مثلا بمثل وهذا عام ودليلنا من جهة المعنى ان كل جنس حرم التفاضل فى كثيره فانه يحرم فى قليله كالذهب والفضة ومما يختص بالشافعى ان علة الربا فى التفاضل لما تعلقت بالجواهر المعدنية تعلقت بأرفعها وهو الذهب والفضة دون أدونها وهو الرصاص والآنك والنحاس واذا تعلقت بالمطعوم وجب أن تتعلق بأرفعه وهو المقتات دون غيره (مسئلة) اذا ثبت ان العلة الاقتيات فان الحكم يقصر على كل مأكول مقتات دون ما يؤكل على وجه التفكه أو التداوى فيجرى الربا فى الحنطة والشعير والسلت والعلس والارز والدخن والذرة والقطنية والتمر والزبيب والعسل والسكر والزيت على اختلاف أنواعه واللحم واللبن وما يكون منه والملح والابزار والفلفل والكرويا وحب الكزبرة والقرفة والسنبل والخردل والقرطم وفى كتاب محمد عن ابن القاسم وودك الرؤس وغير ذلك مما يقتات على اختلاف عادات البلاد فى ذلك واتفاقها (مسئلة) واختلف

أصحابنا في الشمر والانيسون والكمونين فقال ابن القاسم هي مما يجري فيها الربا لانها من الأقوات وقال أصبغ لا يجري فيها الربا لانها أكثر ما يستعمل على وجه التداوي وبه قال ابن المواز وجه ما قاله ابن القاسم ان الشمار والانيسون والكمون الاسود يستعمل في الخبز على معنى تطييبه وتحسين طعمه والكمون الابيض يستعمل في الطبخ كالفلفل ووجه قول أصبغ ان الخبز لا يستعمل فيه صناعة الابزار غالبا ولا يدخل فيه فلا تأثير لها في اصلاح القوت على الوجه المعتاد

(فصل) وأما من جعل من أصحابنا وصف العلة الادخار للاكل دون الاقتيات فانه يحرم الربا في الجوز واللوز والبندق والصنوبر والفستق وأنواع الفواكه كلها التي تدخر وبه قال ابن نافع وابن حبيب واختلفوا في الفواكه التي يقل ادخارها كالخوخ والرمان والاجاص وعيون البقر والموز مما يدخر وييبس ففي المدنية من رواية يحيى عن ابن نافع انه لا يجوز التفاضل فيها لانه يدخر وييبس وقال مالك في الموطأ انه يجوز التفاضل في الرمان زاد عيسى عن ابن القاسم في المدنية والخوخ والاجاص وعيون البقر لانه لا ييبس وان يبس لم يكن فاكهة واتفق مالك وابن نافع على ان البطيخ والخربز والقثاء والاترج والخوخ يجوز فيه التفاضل فوجه قول مالك ما احتج به من ان هذه التي نص عليها لا تيبس ولا تدخر غالبا ومنها ما لا ييبس بوجه كالموز وأما الرمان فان يبس خرج عن حكم الفاكهة وغيرها مما ييبس كالخوخ والاجاص والكمثرى فانه لا ييبس غالبا ولا تعلق الاحكام بما يندر وهذا على ما أصاب اليه ابن القاسم وأما على ما نص عليه مالك من الرمان فانه على ما قال ما ييبس منه لا يكون فاكهة فحكمه في الفاكهة حكم ما لا ييبس بوجه كالبطيخ والقثاء ووجه قول ابن نافع ان هذا مما لا يدخر للاكل ويبقى بأيدي الناس على حاله المدة من العام فيجري فيه الربا كالجوز وأما قوله مما يدخر فسائغ في جميع ما نص عليه وأما قوله وييبس فانه راجع الى غير الجوز ويحتمل أن يرجع الى الرمان بمعنى انه ييبس قشره الاعلى الحافظ لرطوبة الحب والله أعلم ويجب أن يلحق بهذه المسئلة المختلف فيها البرقوق والجراسيا فانهما يربيان على وجه ما يرب عليه الخوخ والكمثرى والتفاح والله أعلم ومن جعل العلة الاقتيات لم يجز الربا الا في كل مقتات مدخر وأما ما يكون مدخرا غير مقتات كالجوز واللوز أو مقتاتا غير مدخر كالبيض فلا يجري في شيء من ذلك الربا وعلى المذاهب الثلاثة فلا يجري الربا في الفواكه الرطبة من التفاح والرمان والكمثرى وعيون البقر والخوخ وان كان بعضها يدخر فليس ذلك بمعتاد فيها

(فصل) وقوله في الحديث فقيل له ان عاملك على خيبر يأخذ الصاع بالصاعين ظاهره ان تحريم التفاضل في ذلك لم يكن بعد فاشيا ولعله أن يكون ذلك بقرب حدوث هذا الحكم ولذلك لم يعلم به عامله ولا علم به من علم استجازة عامله للتفاضل فيه ولم ينكره ولا أنهاه الى النبي صلى الله عليه وسلم ولا شك انه لا يقدم على خيبر عاملا الا من يفقه ويعلم صلاح حاله ولذلك لم ينكره أصحابه على العامل حين علموا عمله به حتى سمعوا من النبي صلى الله عليه وسلم فأخبروه ان العامل بخيبر يعمل به ولعل ذلك الوقت كان وقت ثبوت هذا الحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ادعوه لي ظاهره والله أعلم ليعلم منه ما تقدم من فعله في هذا الحكم وليمنعه من محظوره في المستقبل فلما سأله عنه وأخبره انه كان من فعله وان الداعي له الى ذلك التفاضل التمر وانه لا يجد من يعطيه الجيد بالردىء مثلا نهاه عن فعله في المستقبل وبين له الطريق الى تحصيل غرضه من أخذ الجيد والخروج عن الردىء بأن يبيع الجمع بالدراهم ويبتاع بها الجنيب ومن

يتق الله يجعل له مخرجا ولم يرد من طريق صحيح في هذا الحديث بعينه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر العامل برد بيعه وان كان روى أمره بذلك في بعض الاحاديث من حديث بلال من رواية مسروق عنه قال كان عندى تمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فوجدت تمرا أخير منه فاشتريت صاعا بصاعين فاتيت به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ماهذا فقلت له اشتريته صاعا بصاعين فقال رده وردعلينا تمرنا وقد أخرج البخارى هذا الحديث من غير طريق صحيح وليس فيه هذه الزيادة رده وردعلينا تمرنا فان كان لم يؤمر هذا برد بيعه فيحتمل أن يكون لم يؤمر به لانه كان بيعه قبل التحريم للسامع من يستحله ويرى استدامته من أهل الكتاب ألا ترى انه لو تعامل بذلك كتابيان ثم أسلم أحدهما بعد أن تقابضا فانه لا يرد شئ منه ولذلك لم يرد شيأ من بياعات من أسلم من المشركين ولا رجع النساء عليهم بمهورهن وان كان منها مالا يصح أن يكون مهرا (مسئلة) وان اسلم أحدهما بعد قبض أحد العوضين وقبل قبض الثانى فكان الذى أسلم من له الفضل لم يأخذ له الا مثل ما أعطى ولا يجوز له أن يأخذ الربا والأصل في ذلك قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقي من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ودليلنا من جهة السنة ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه وضع ربا العباس بن عبد المطلب (مسئلة) فان اسلم الذى عليه الحق فعن مالك في ذلك روايتان احداهما انه قال ان لم أوجب عليه الاما أخذ أخاف أن أظلم الذمى والثانية انه قضى عليه بالزائد مثل أن يكون عليه ديناران سلم اليه فيهما دينار فانه يقضى على المطلوب بالدينارين وقال ابن القاسم من أسلم منهما وجب اسقاط الربا وتراجعا غيره وجه ماقاله مالك ان تعاملهما حين العقد لم يمنعه الاسلام والذى له الحق مستديم استباحته لان الاعتبار بوقت العقد لا بوقت الاداء وماقاله ابن القاسم مبنى على أن يراعى وقت التعامل ووقت الاداء فهو في وقت الاداء حكم بين مسلم وكافر فيجب أن يغلب فيه حكم الاسلام

(فصل) وان ثبت حديث بلال انه أمره بالرد فيحتمل أن يكون فعل ذلك بعد ثبوت حكم التحريم وهكذا يجب أن يكون حكم ماوقع منه اليوم بين المسلمين سواء وقع ممن علم بتحريمه من المتبايعين أو أحدهما أو جهلاه جميعا

(فصل) وقوله فجاءه بتمر جنيب روى ابن حبيب عن عبد الملك الجنيب الكبيس وقال أبو الطاهر المصرى الجنيب الذى ليس فيه خلط والجمع المختلط وقال كراع في المنظم الجنيب من التمر هو المتين ص * مالك عن عبد الله بن يزيد أن زيدا أبا عياش أخبره انه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلت فقال له سعد أيتهما أفضل فقال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سعد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن اشتراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا يبس فقالوا نعم فنهى عن ذلك * ش البيضاء هى المحمولة وهى نوع من الحنطة يكون بمصر والسمراء نوع آخر يكون بالشام وهى أفضل جودة من المحمولة فسؤال سعد أيتهما أفضل في السلت بالمحمولة لا يخلو أن يريد به أفضل في الصفة أو القدر وفي المدنية سألته عن كراهية سعد البيضاء بالسلت هل عليه العمل فقال مضت السنة أن لا بأس بذلك يدا بيد ومثلا بمثل فان كان المسؤل قد جاوب عما سئل عنه خاصة فقد حمل ذلك على التفاضل في الصفة والأظهر عندى انه يريد والله أعلم أفضل في القدر يعني بذلك أكثر كيلا وفي هذا أمران أحدهما انه لا يخفى على سعد ولا غيره أن الحنطة أفضل عينا من السلت والثانى انه استدل سعد على مانهاه عنه بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الرطب

* وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن يزيد أن زيدا أبا عياش أخبره أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلت فقال له سعد أيتهما أفضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سعد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن اشتراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا يبس فقالوا نعم فنهى عن ذلك

بالتمر لاجل التفاضل ولو منعه من ذلك لجودة العين لما صح استدلاله بذلك ونهى سعد عن التفاضل في السلت بالبيضاء يقتضي انهما عنده جنس واحد ولذلك أخذ حكمهما من منع التفاضل في ارطب بالتمر وهذا مذهب مالك ان السلت والحنطة والشعير جنس واحد في الزكاة وفي منع التفاضل وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأخذ سعد حكم السلت بالبيضاء من حكم النبي صلى الله عليه وسلم في الرطب بالتمر دليل على قوله بالقياس وعلى هذا جماعة أصحابه فلا أعلم أحدا منهم يحفظ عنه قصة أودعوى أو قضية الا وجميعها أو معظمها القياس

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن الرطب أينقص اذا يبس تعليم للقياس وتنبيه عليه لانه لا يخفى على أحد أن الرطب ينقص اذا يبس ولكنه صلى الله عليه وسلم أراد أن ينبههم بذلك على علة التحريم وهو التفاضل في هذا الجنس بعضه ببعض وان رطبه وان كان فيه غرض لا يكون في يابسه فانه لا يخرج بذلك عن جنسه ولا يجوز التفاضل بينهما لما ينفرد به أحدهما من الاسم أو بعض الأغراض اذا اتفقا في معظمها ورأيت في بعض الروايات عن أبي مصعب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن حوله أينقص الرطب اذا جف وذلك يقتضي انه أراد تعليم جميعهم وتقريرهم على أن علة المنع موجودة مسلمة باتفاق ولما قالوا انم نهى عن بيع الرطب بالتمر فاقتضى ذلك منع التفاضل فيه ولذلك اعتبر نقصانه واقتضاه بمنع التساوي فيه ولذلك اعتبر النقصان بالجفوف أيضا وبهذا قال مالك والشافعي وجمهور الفقهاء وقال أبو حنيفة يجوز بيع الرطب بالتمر متساويا ودليلنا حديث سالم المتقدم عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا التمر حتى يبدو صلاحه وقال لا تبيعوا التمر بالتمر وحديث عبد الله بن عمر الذي يأتي بعد هذا من الأصل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا وهذا عام فيحمل على عمومه الا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس ان هذا جنس فيه الربا بيع منه مجهول بمعلوم فلم يجز أصله بيع الشيرج بالسمسم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ما كان أصله الجنس الواحد فصار على صنفين مختلفين يختلف بهما اسمه والغرض منه فلا يجوز بعضه ببعض متساويا كالبلح الصغير بالكبير والرطب بالتمر لا يجوز شيء من ذلك بما خالف صنفه (مسئلة) فأما بيع الرطب بالرطب متساويا فرآه مالك وأبو حنيفة ومنع منه عبد الملك بن الماجشون وبه قال الشافعي والدليل على ما نقوله ان كل جنس يجوز التساوي بعضه ببعض حال الجفوف فانه يجوز التساوي فيهما حال رطوبته كالجبن بالجبن والزبد بالزبد واللبن باللبن (مسئلة) فان كان التمر قد أنصف بأن يكون نصف التمر بسرا ونصف التمر قد أرطب فهل يجوز بيع بعضها ببعض

﴿ ماجاء في المزابنة والمحاقلة ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا ﴾ ش قوله نهى عن المزابنة والمزابنة اسم لبيع التمر بالتمر والزبيب بالكرم ورطب كل جنس بيابسه ومجهول منه بمعلوم وذلك أن الرطب وان عرف كيله في نفسه فلا يعلم قدره من التمر الذي يؤخذ عوضا منه ولعله أن يكون مأخوذا من الزبن وهو الدفع عن البيع الشرعي وعن معرفة التساوي وقال ابن حبيب الزبن والزبان هو الخطر والخطار

(فصل) وقوله والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا يقتضي أن يكونا مكيلين لانه حال أحدهما ويجوز أن

﴿ ماجاء في المزابنة والمحاقلة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا

يكون تفسيرا من النبي صلى الله عليه وسلم ويصح أن يكون تفسيرا من الراوي الا أن الأظهر أنه من قول النبي صلى الله عليه وسلم لاتصاله بقوله وان كان من قول الراوي وهو ابن عمر فهو حجة لان هذا أمر طريقه اللغة وابن عمر حجة في ذلك وقد روى غير هذا التفسير فيه فروى زياد بن أيوب دلويه عن ابن علية عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة أن يبيع ما في رؤس النخل بتمر بكيل مسمى ان زاد فلي وان نقص فعلي والجواب انه قد ورد فيه التفسيران وما قلناه أصح لانه رواه عن مالك في تأليف مشهور جماعة يبلغون التواتر وروى التفسير الذي ذهبتم اليه زياد بن أيوب وقد رواه عن مالك من حديث أبي سعيد الخدري فيجب أن يكون البيعان ممنوعين فان اسم المزابنة واقع عليهما

(فصل) وقوله وبيع الكرم بالزبيب كيلا يريد العنب وسمى العنب كرما وان كان الكرم شجر العنب على سبيل المجاز والاتساع كما يسمى الشيء باسم ما جاوره أو كان منه بسبب وأما ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فانما الكرم قلب المؤمن قال ابن الانباري انما سمى الكرم كرما لان الخمر المشروبة من عنبه تحث على السخاء وتأمر بمكارم الأخلاق فكره النبي صلى الله عليه وسلم أن يسمى أصل الخمر باسم مأخوذ من الكرم وجعل المؤمن أحق بهذا الاسم * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندي أن يكون معناه أن العنب وان كان فيه منافع ورزق وخصب لمن رزقه فان قلب المؤمن أكثر خيرا وأنفع لنفسه وللناس ولم يرد ذلك النهي عن أن يسمى الكرم كرما ولذلك لم ينقله الناس عن النهي ولا امتنعوا من تسمية شجر العنب كرما ولكنه انما أراد به تفضيل قلب المؤمن عليه كما قال صلى الله عليه وسلم ليس الشديد بالصرعة انما الشديد الذي يملك نفسه عند الغضب فهو الذي يظهر لي فيه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما بيع التمر بالتمر كيلا فانه متأت فيه وبه يعتبران جميعا وأما العنب بالزبيب كيلا فان ذلك غير متأت فيه الا الوزن ولا يباع العنب كيلا بوجه ويحتمل أن يريد بذلك صلى الله عليه وسلم انه لا يصح بيع أحدهما بالآخر بالوجه الذي يقوم مقام الكيل في معرفة التساوي ووجه آخر وهو انه قد يسمى الوزن كيلا فيقال هذه عشرة دراهم كيلا ويحتمل أن يريد به العنب جزافا والزبيب كيلا ويحتمل أن يريد به أن يتحرى في العنب مكيلة الزبيب وقد اختلف قول مالك في اجازة التحري فيما يحرم فيه التفاضل فأجازه في البيض بالبيض والخبز بالخبز واللحم باللحم وفي الحالوم الرطب باليابس وفي الزيتون الغض بالمالح في كتاب محمد وأجازه مع القول باباحته في القديد باللحم الطري مرة ومنعه أخرى وروى في الواضحة انه قال ومالا يجوز فيه التفاضل من الطعام والادام لا يجوز قسمته تحريا وكذلك الدهن والزيت والعسل لا يجوز الا كيلا أو وزنا واختلف أصحابنا في تأويل ذلك فمنهم من قال ان ذلك على روايتين فانه جوزه على احدى الروايتين على الاطلاق ومنهم من قال ان ذلك لاختلاف حالين فيجوز مع تعذر الموازين ويمنع مع وجودها ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعي بكل حال والدليل على ما نقوله ان هذا معنى وضع في الشرع لمعرفة المقدار فجاز أن يعتبر به المبيع كخرص العرية والزكاة (مسئلة) فان قلنا يجوز ذلك ففي أي شيء يجوز المشهور عن مالك انه يجوز في الموزون دون المكيل والمعدود رواه عنه ابن المواز وغيره وهذا عندي مبني على قول من قال ان ذلك ممنوع الا في الأسفار وحيث تعدم الموازين وأما على قول من حمل ذلك على الاطلاق مع القدرة على الموازين وهو الأظهر لتجويزه السلم في اللحم بالتحري فانه يجب أن يجوز ذلك في المكيل . ووجه ذلك ان الكيل يعدم

كما يعدم الميزان والقبضة فليست بمقدار صحيح لانه لايتأتى فيها المساواة لتعذر بقائها على شكل واحد وهيئة واحدة من القبض والبسط بخلاف المكيل المعتاد (فرع) فاذا قلنا ان التحرى فيما يحرم فيه التفاضل جائز فانه يجوز فى يسيره دون كثيره لان كثيره يتعذر فيه التحرى ويخاف فيه الخطأ وقلة الاصابة قاله ابن القاسم (مسئلة) وأما ما يجوز فيه التفاضل من المطعومات فانه يجوز فى قليله وكثيره رواه ابن حبيب عمن رضى من أصحاب مالك والفرق بينه وبين ما يجرى فيه الربا أنه لايخاف فيه التفاضل الذى يحرم فيما يحرم فيه الربا

(فصل) اذا ثبت جواز التحرى فقد جوزه مالك فى الخبز بالخبز والبيض بالبيض واللحم باللحم أما الخبز بالخبز فالذى قاله أصحابنا انه يتحرى ما فيه من الدقيق دون وزن الخبز قالوا لان الخبز بعضه أرطب من بعض فلا تصح المماثلة فيه بالوزن وهذا لا يكاد أن يصح على مذهب مالك المعروف وانما يصح على أصل ابن الماجشون فى اعتباره بالرطوبات الباقية فى حال الادخار ولذلك منع التمر القديم بالحديث وأما مالك فان ذلك عنده على ضربين أحدهما أن لا يؤكل المطعوم مع الرطوبة الحادثة فيه غالبا كالفول المبلول والقمح المبلول والعجين فانها تمنع صحة التساوى والثانى أن يؤكل بوجودها غالبا كرطوبة الرطب والعنب والخبز وخل التمر والعنب والمخيض فان ذلك كله لا يمنع صحة التساوى طارئة كانت أو أصلية فعلى هذا يجوز الخبز بالخبز وزنا ولا يحتاج الى تحرى الدقيق فانه قد صار جنسا آخر كما يجوز بيع المخيض بالمخيض كيلا ولا يتحرى ما فيه من اللبن ويجوز خل التمر بخل التمر كيلا ولا يتحرى ما فيه من التمر وربما كان لاصحابنا قولان فى أصل واحد واتفق ظهور أحد القولين منهم فى أحدهما فى فرع من فروعه وظهور القول الثانى فى فرع آخر وذلك موجود لهم كثير فيجب تتبعه ورد كل شئ من ذلك الى أصله وقد روى فضل بن مسلمة عن مالك يجوز بيع الكعك بالخبز متفاضلا متماثلا وهى رواية ابن القاسم والقديد بالنىء على التحرى ثم رجع عنه وهذا أيضا فيه نظر لان القديد والنىء لم يفرق بينهما صنعة تخرجهما أو تخرج أحدهما عن أصله والكعك والخبز قد وجدت فيهما صنعة أخرجتهما عن أصلهما كخل التمر وأما اللحم فانه يتحرى فيه المماثلة وكذلك البيض وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله ص * مالك عن داود بن الحصين عن أبى سفيان مولى ابن أبى أحمد عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء التمر بالتمر فى رؤس النخل والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة * ش وقوله والمزابنة اشتراء التمر بالتمر فى رؤس النخل هذا نوع من المزابنة وقد تقدم أن معنى المزابنة أن يجهل قدر أحد المبيعين من الآخر فى الجنس الواحد لان كل واحد منهما يقصد الى غبن صاحبه فى مبلغ التمرتين والى أن يأخذ أكثر مما يعطى وهذا موجود فى هذه المسئلة وفى التى قبلها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المبيع على ضربين ضرب يحرم فيه التفاضل وضرب يجوز فيه التفاضل فأما ما يحرم فيه التفاضل فقد بينا من حكمه ما يليق بهذا الكتاب وأما ما يجوز فيه التفاضل فانه لا يجوز أن يباع يابسه برطبه على رؤس النخل لان القبض لا يتنجز فيه ويحرم فيه التفرق قبل القبض لانه مطعوم ولا يجوز رطبه بيابسه ولا رطبه برطبه ولا يابسه بيابسه جزافا فيهما ولا فى أحدهما والآخر بالكيل على وجه يجوز فيه التساوى والتفاضل حتى يتبين التفاضل فى أحدهما فيجوز ذلك وكذلك كل مبيع وان لم يكن مطعوما

(فصل) وقوله والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة هذا نوع من المحاقلة وقد روى عنه صلى الله عليه

* وحدثنى عن مالك عن داود بن الحصين عن أبى سفيان مولى ابن أبى أحمد عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء التمر بالتمر فى رؤس النخل والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر والمحاقلة شراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة قال ابن شهاب فسألت سعيد بن المسيب عن استكراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس بذلك * قال مالك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة وتفسير المزابنة أن كل شئ من الجزاف الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده ابتيع بشئ مسمى من الكيل أو الوزن أو العدد وذلك أن يقول الرجل للرجل يكون له الطعام المصبر الذي لا يعلم كيله من الحنطة أو التمر أو ما أشبه ذلك من الأطعمة أو يكون للرجل السلعة من الحنطة أو النوى أو القضب أو العصفر أو الكرسف أو الكتان أو القز أو ما أشبه ذلك من السلع لا يعلم كيل شئ من ذلك ولا وزنه ولا عدده فيقول الرجل لرب تلك السلعة كل سلعتك هذه أو مر من يكيلها أو زن من ذلك ما يوزن أو عد من ذلك ما كان يعد فما نقص عن كيل كذا وكذا صاعا التسمية يسميها أو وزن كذا وكذا رطلا أو عدد كذا وكذا فما نقص من ذلك فعلي غرمه حتى أوفيك تلك التسمية فما زاد على تلك التسمية فهو لي أضمن ما نقص من ذلك على أن يكون لي ما زاد فليس ذلك بيعا ولكنه المخاطرة والغرر والقمار يدخل هذا لانه لم يشتر منه شيأ بشئ أخرجه ولكنه ضمن له ما يسمى من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون له ما زاد على ذلك فان نقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذ من مال صاحبه ما نقص بغير ثمن ولا

وسلم النهي عن المحاقلة فلا يجوز لذلك كراء الأرض بالحنطة وجه المحاقلة فيها أن منفعتها المشتراة منها في اكترائها انما هي لمن زرع الحنطة حنطة فهو يؤل الى بيع الحنطة بالحنطة جزافا بجزاف أو جزافا بكيل لان الذي يدفعه المكتري حنطة والذي يصل اليه من منفعة الأرض حنطة وسيأتي بيان هذا مستقصى في كتاب كراء الأرض وقال صاحب العين المحاقلة بيع الزرع قبل بدو صلاحه ولا يمتنع أن يكون ذلك نوع آخر من المحاقلة وما قدمناه أظهر لانه ان كان التفسير من قول النبي صلى الله عليه وسلم فلا يعارض بقول أحد من البشر في لغة ولا شرع وان كان من قول أبي سعيد الخدري فلا يعارض بقول صاحب العين لغة ولا شرعا ص * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر والمحاقلة اشتراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة قال ابن شهاب فسألت سعيد بن المسيب عن استكراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس بذلك * ش قوله والمحاقلة اشتراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة يريد انهما نوعان من المحاقلة وأن اسم المحاقلة واقع على كل واحد منهما وأما استكراء الأرض بالحنطة فقد تقدم القول فيه وأما اشتراء الزرع بالحنطة فعلى نحو ما تقدم من بيع التمر بالتمر لانه مجهول مبلغ كل واحد منهما من صاحبه وقد سمي ذلك مزابنة لما ذكرناه وقد روى الليث عن نافع عن ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمزابنة أن يبيع ثمر حائطه ان كان نخلا بتمر كيلا وان كان كرما أن يبيعه بزبيب كيلا أو كان زرعا أن يبيعه بطعام كيلا ونهى عن ذلك كله فعلى هذا اسم المزابنة واقع على الجميع ومعناها متقارب الا أن اسم المزابنة واقع على كل نوع منها واسم المحاقلة خاص في الزرع والمخاضرة خاص في الخضرة وقد قال صاحب العين انه بيع الثمر قبل بدو صلاحها والأول أظهر من جهة اللفظ والله أعلم وأحكم

ص * قال مالك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة * وتفسير المزابنة ان كل شئ من الجزاف الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده ابتيع بشئ مسمى من الكيل أو الوزن أو العدد وذلك أن يقول الرجل للرجل يكون له الطعام المصبر الذي لا يعلم كيله من الحنطة أو التمر أو ما أشبه ذلك من الأطعمة أو يكون للرجل السلعة من الحنطة أو النوى أو القضب أو العصفر أو الكرسف أو الكتان أو القز أو ما أشبه ذلك من السلع لا يعلم كيل شئ من ذلك ولا وزنه ولا عدده فيقول الرجل لرب تلك السلعة كل سلعتك هذه أو مر من يكيلها أو زن من ذلك ما يوزن أو اعدد منها ما كان يعد فما نقص عن كيل كذا وكذا صاعا لتسمية يسميها أو وزن كذا وكذا رطلا أو عدد كذا وكذا فما ينقص من ذلك فعلي غرمه حتى أوفيك تلك التسمية وما زاد على تلك التسمية فهو لي أضمن ما نقص من ذلك على أن يكون لي ما زاد فليس ذلك بيعا ولكنه المخاطرة والغرر والقمار يدخل هذا لانه لم يشتر منه شيأ بشئ أخرجه ولكنه ضمن له ما سمى من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون له ما زاد على ذلك فان نقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذ من مال صاحبه ما نقص بغير ثمن ولا

هبة طيبة بها نفسه فهذا يشبه القمار وما كان مثل هذا من الاشياء فذلك يدخله * قال مالك ومن ذلك أيضا أن يقول الرجل للرجل له الثوب أضمن لك من ثوبك هذا كذا وكذا ظهارة قلنسوة قدر كل ظهارة كذا وكذا لشئ يسميه فما نقص من ذلك فعلى غرمه أوفيك وما زاد فلى أو أن يقول الرجل للرجل أضمن لك من ثيابك هذه كذا وكذا قيصا ذرع كل قيص كذا وكذا فما نقص من ذلك فعلى غرمه وما زاد على ذلك فلى أو أن يقول الرجل للرجل له الجلود من جلود البقر أو الابل اقطع جلودك هذه نعالا على امام يريه اياه فما نقص من مائة زوج فعلى غرمه وما زاد فهو لى بما ضمنت لك ومما يشبه ذلك أن يقول الرجل للرجل عنده حب البان أعصر حبك هذا فما نقص من كذا وكذا رطلا فعلى أن أعطيكه وما زاد فهو لى فهذا كله وما أشبهه من الأشياء أو ضارعه من المزابنة التى لاتصلح ولا تجوز وكذلك أيضا اذا قال الرجل للرجل له الخبط أو النوى أو الكرسف أو الكتان أو القضب أو العصفر بل ابتاع منك هذا الخبط بكذا وكذا اصاعا من خبط مثل خبطه أو هذا النوى بكذا وكذا صاعا من نوى مثله وفى العصفر والكرسف والكتان والقضب مثل ذلك فهذا كله يرجع الى ماوصفنا من المزابنة * (جامع بيع الثمر) * قال مالك من اشترى ثمرا من نخل مسماة أو حائط مسمى أو لبنا من غنم مسماة انه لا بأس بذلك اذا كان يؤخذ عاجلا يشرع المشترى فى أخذه عند دفعه الثمن وانما مثل ذلك بمنزلة راوية زيت يبتاع

هبة طيبة بها نفسه فهذا يشبه القمار وما كان مثل هذا من الأشياء فذلك يدخله * قال مالك ومن ذلك أيضا أن يقول الرجل للرجل له الثوب أضمن لك من ثوبك هذا كذا وكذا ظهارة قلنسوة قدر كل ظهارة كذا وكذا الشئ يسميه فما نقص من ذلك فعلى غرمه حتى أوفيكه وما زاد فلى أو أن يقول الرجل للرجل أضمن لك من ثيابك هذه كذا وكذا قيصا ذرع كل قيص كذا وكذا فما نقص من ذلك فعلى غرمه وما زاد على ذلك فلى أو ان يقول الرجل للرجل له الجلود من جلود البقر أو الابل اقطع جلودك هذه نعالا على امام يريه اياه فما نقص من مائة زوج فعلى غرمه وما زاد فهو لى بما ضمنت لك * ومما يشبه ذلك أن يقول الرجل للرجل عنده حب البان أعصر حبك هذا فما نقص من كذا وكذا رطلا فعلى أن أعطيكه وما زاد فهو لى فهذا كله وما أشبهه من الأشياء أو ضارعه من المزابنة التى لاتصلح ولا تجوز وكذلك أيضا اذا قال الرجل للرجل له الخبط أو النوى أو الكرسف أو الكتان أو القضب أو العصفر ابتاع منك هذه الخبطة بكذا وكذا اصاعا من خبط يخبط مثل خبطه أو هذا النوى بكذا وكذا صاعا من نوى من مثله وفى العصفر والكرسف والكتان والقضب مثل ذلك فهذا كله يرجع الى ماوصفناه من المزابنة * ش وهذا كما قال ان كل ماله مقدار يباع به من كيل أو عدد أو وزن بيع منه معلوم بمجهول فانه لا يجوز وذلك على ضربين أحدهما مالا يجوز فيه التفاضل والثانى ما يجوز فيه التفاضل فاما مالا يجوز فيه التفاضل فانه يدخله الجهل بالتساوى وهو يجرى فى المنع مجرى العلم بالتفاضل ويدخله مما يجوز فيه التفاضل مع امكان التفاضل والتساوى الغرر والقصد الى المخاطرة بان يغبن أحدهما صاحبه فى الجنس الواحد فان تبين التساوى بالتحرى أو تبين التفاضل جاز وذلك للبعد عن قصد المخاطرة

(فصل) وقوله وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل له الطعام والمصبر كل صبرتك هذه الى آخر المسئلة معناه ان كل من كان له شئ من الجزاف من طعام أو غيره فأتاه من قال له اضمن لى من هذه الصبرة مقدار كذا وكذا فما زاد عليه فلى وما نقص فعلى فذلك لا يجوز لان هذا مجرد المخاطرة والمقامرة وأبلغ ما يكون من الغرر الذى نهى عنه لا خلاف فى منعه وتحريمه وان الذى يبيع الجزاف بالمكيل من جنس واحد أو آل فعله اليه لانه يدفع اليه فى صبرة صبرة مثلها من جنسها لا يعلم مماثلتها لها ولا فضلها عليها يقصد بذلك غبنه فى كيلها بجنسها فان كانت التى يعطيه أفضل فقد ضمن له مانقص من صبرته عما قدر فيها وان كانت أقل فقد كان له الفضل فلذلك منع مالك المكيل فى الجزاف بالجنس الواحد ومثل هذا المعنى موجود فى الجزاف منه بالجزاف فلذلك منع مالك فى الجنس الواحد الجزاف بالجزاف حتى يتبين القصد فيعلم ان غرضه عن المبلغ والمخاطرة والكثرة والقلة

* (جامع بيع الثمر) *

ص * (قال مالك من اشترى ثمرا من نخل مسماة أو حائط مسمى أو لبنا من غنم مسماة انه لا بأس بذلك اذا كان يؤخذ عاجلا يشرع المشترى فى أخذه عند دفعه الثمن وانما مثل ذلك بمنزلة راوية زيت يبتاع

منها رجل بدينار أو دينارين ويعطيه ذهبه ويشترط عليه أن يكيل له منها فهذا لا بأس به فان انشقت الراوية فذهب زيتها فليس للمبتاع الا ذهبه ولا يكون بينهما بيع * قال مالك وأما كل شئ كان حاضرا يشترى على وجهه مثل اللبن اذا حلب والرطب يجنى فيأخذ المبتاع يوما بيوم فلا بأس به فان فنى قبل أن يستوفى المشترى ما اشترى رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقى له عليه أو يأخذ منه المشترى سلعة بما بقى له يتراضيان عليها ولا يفارقه حتى يأخذها فان فارقه فان ذلك مكروه لانه يدخله الدين بالدين وقد نهى عن الكالئ بالكالئ فان وقع فى بيعهما أجل فانه مكروه ولا يحل فيه تأخير ولا نظرة ولا يصلح الا بصفة معلومة الى أجل مسمى فيضمن ذلك البائع للمبتاع ولا يسمى ذلك فى حائط بعينه ولا فى غنم بأعيانها * ش وهذا كما قال انه لا بأس أن يشترى ثمرا من حائط معين أو لبنا من غنم معينة اذا كان المشترى يشرع فى قبضه بريد ان ذلك فى وقت يمكن قبضه بان يبدو صلاح الثمرة وكون اللبن فى الغنم وأما اذا لم يبد صلاح ثمر الحائط أو لم يكن فى تلك الغنم لبن فذلك غير جائز والأصل فى ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وأما لبن الغنم فانما جاز ذلك فيه خلافا للشافعى ان هذا مائع طاهر خارج من حيوان لا يختلف جنسه غالبا فجاز أن يفرد بالبيع دونها كما العيون ودليل ثان أن هذه أنثى ذات لبن فجاز أن يستباح أخذه بالمعاوضة عليه دونها كالظير

(فصل) اذا ثبت ذلك فقوله اذا كان يوجد عاجلا يشرع المشترى فى أخذه عند دفعه الثمن يريد أن لا يتأخر ذلك تأخير الا يحتاج اليه لتمام النضج وانما يتأخر بقدر ما يحتاج اليه لتمام النضج والارطاب كالخمسة عشر يوما وقال مالك فى كتاب ابن المواز عشرين يوما ووجه ذلك ان مثل هذه المدة تؤخر الثمرة فى رؤس النخل طلبا للارطاب أو لبقاء النضارة فيها ليؤخر وقتا بعد وقت بنضارتها مع ما قدمناه من ان ذلك من ضمان البائع وأما ابن القاسم فانه لا يجوز أن يتأخر مثل هذه المدة لانه لا غرض فى تأخره غير مجرد التمكن من الأخذ وهذا فيما يشرع فيه منه وأما اتصاله بعد ذلك فيجوز تأخيره أخذ التمكن من قبضه أو لبقاء حلاوة ما يحتاج أن يأخذه منه فى كل يوم وأما الصوف يشترى على ظهور الغنم فانه يجوز أن يتأخر بقدر ما ينظر فى جزها ويكون ذلك مدة لا يزيد الصوف فى مثلها روى محمد عن مالك العشرة أيام والخمسة عشر يوما (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قدمنا ان شراء الثمرة فى رؤس النخل يكون على ثلاثة أوجه وقد تقدم بيان الوجهين وبقى تبيين الوجه الثالث وهو اذا اشترى منه أصوعا معروفة فان ذلك على ضربين أحدهما أن يشترط أخذه على حاله وصفته والثانى أن يشترط أخذه بعد تغير صفته فاما أخذه على حاله بسرا فهو جائز لانه بمنزلة اشتراء أصوع تمر من صبرة أو اشتراء أصوع رطب أو بسر من صبرة فان اشترط ابقاءه الى تغير صفته فلا يخلو أن يشترط ذلك حال بسوره الى أن يصير رطبا أو الى أن يصير تمرا فان اشترط أخذه رطبا فلا خلاف فى جواز ذلك بين أصحابنا ووجه ذلك أنه معلوم الصفة لان الارطاب انما هو نضج وليس فيه نقصان من القدر ولا زيادة ولا تغير معنى أكثر من النضج فجاز ذلك (مسئلة) وأما ان اشترط أخذه تمرا فان ذلك ممنوع فى الجملة قال ابن وهب عن مالك وكذلك لو وقع العقد حين الارطاب واشترطه تمرا ووجه ذلك انه لا يعلم صفته عند انتهاء جفوفه لأن التغير يلحقه فى المقدار والصفة وذلك مؤثر فى منع العقد الا انه لا يتفاوت تغيره ولذلك لم يؤثر عند مالك وأكثر أصحابه فى فساد العقد وقال ابن عبد الحكم فى بيع الزرع اذا أفرك يفسخ فيه البيع ووجهه أن التغير يلحقه فى المقدار والصفة وذلك يمنع صحة

منها رجل بدينار أو دينارين ويعطيه ذهبه ويشترط عليه أن يكيل له منها فهذا لا بأس به فان انشقت الراوية فذهب زيتها فليس للمبتاع الا ذهبه ولا يكون بينهما بيع * قال مالك وأما كل شئ كان حاضرا يشترى على وجهه مثل اللبن اذا حلب والرطب يستجنى فيأخذ المبتاع يوما بيوم فلا بأس به فان فنى قبل أن يستوفى المشترى ما اشترى رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقى له عليه أو يأخذ منه المشترى سلعة بما بقى له يتراضيان عليها ولا يفارقه حتى يأخذها فان فارقه فان ذلك مكروه لأنه يدخله الدين بالدين وقد نهى عن الكالئ بالكالئ فان وقع فى بيعهما أجل فانه مكروه ولا يحل فيه تأخير ولا نظرة ولا يصلح الا بصفة معلومة الى أجل مسمى فيضمن ذلك البائع للمبتاع ولا يسمى ذلك فى حائط بعينه ولا فى غنم بأعيانها

العقد عليه كما لو اشتراه صغيرا واشترط عظمه ويحمل ذلك عندهم على الكراهية وحكمه حكم الزرع يباع اذا أفرك وقد تقدم ذكر الخلاف فيه ولو كان ذلك على التحريم لرد لأن ما يكال أو يوزن لا يفوت بذهاب العين ويرد مثله ووجه ذلك أن تغيره لا يتفاوت وقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية انه ان لم ينقد فلا بأس أن يشترطه تمرا وهذا يقتضي أن ذلك لمراعاة معان ان وجدت لزمه الصفة وان عدمت كان المشترى بالخيار ولعله قد ذهب الى أن لهذا الجنس من التمر صفة معتادة ان وجد عليها للاصابة في التجفيف ومحاولته وسلامته في ذلك من العاهات لزم المشترى وان عدمت تلك الصفة لمبالغة في التجفيف أو نقص منه أو يعتبر بمعنى في مدة التجفيف كان المبتاع عند رؤيته بالخيار والله أعلم (فرع) وهذا اذا اشتراه كيلا وأما ان اشتراه جزافا ففي الموازية لا خير في أن يشترى ثمر الحائط ويشترط أخذه تمرا الا لمن اشتراه جزافا فاما بالكيل فلا (مسئلة) وأما شراء لبن الغنم المعينة فانه أيضا على ضربين أحدهما أن يشترط مكيلة من لبن غنم باعيانها وذلك يحتاج الى ثلاثة شروط أحدها أن يشرع في أخذه والثاني أن يذكر ما يقبضه كل يوم ويضرب لذلك أجلا يبقى لبن تلك الغنم الى مثله والثالث أن يشترط من اللبن مقدارا يعلم أن مثل الغنم لا يقصر عنه في الاغلب ومثل هذه الشروط يعتبر في شراء أصوع من حائط معين وأجازه ابن القاسم وأشهب في الشاة والشاتين (مسئلة) والضرب الثاني أن يشترى لبنها أجمع فان ذلك جائز في سوائم الغنم الذي لا يختلف ويعتبر في ذلك أن يكون في ابان اللبن ولذلك يضرب أجل يعلم أن لبنها لا ينقطع الى مثله شهرا أو شهرين والفرق بين هذا وبين التي لا يجوز أن يشترى ثمرتها الى مدة مقدرة وانما يجوز ذلك على الاستيعاب أن المقثأة تشترى بأصولها فلا يجوز أن يستثنى بعض منافعها والغنم لم تشتر رقابها وانما اشتريت منفعة منها فوجب أن يضرب لتلك المنفعة أجلا يتقدر به ويجب أن يكون المتبايعان قد عرفا قدر حلابها حين التبايع والا لم يجز ذلك لأن قدر لبنها يختلف باختلاف الاعوام وقوتها وسمنها وهزالها فيجب أن يعلم قدر ذلك وبالله التوفيق (مسئلة) وهل يجوز ذلك في الشاة الواحدة روى أشهب عن مالك جوازه وروى عنه ابن القاسم منعه وهو الاكثر وقال أصبغ ان وقع لم أفسخه اذا كان في الابان وعرف وجه حلابها والغرر فيها وفي العدد سواء وهو في الواحدة أثقل وجه اجازته اعتباره بالكثير ووجه نفيه ان الشاة الواحدة يلحقها التغير والنقصان والزيادة فيتبين الغرر والغنم الكثيرة يحمل بعضها بعضا فلا يظهر في جلتها تغير بزيادة ولا نقصان فيبعد الغرر فيها (مسئلة) ومن اكترى ناقة أو بقرة للسقي أو للحرث أشهرا فقد قال مالك ذلك جائز اذا عرف وجه حلابها وكان الابان وفرق شيوخنا بين هذه المسئلة وبين مسئلة الشاة الواحدة على رواية المنع بان اللبن في مسئلة الناقة تبع لأن المقصود منها العمل والمقصود في مسئلة الشاة اللبن فاثر في الغرر وقال أصبغ لا أفسخه في الشراء والكراء الا أن يبتاع وما يحزر عليه من أمر يظن بعدمؤثر في العقد كجائحة الثمرة

(فصل) وقوله وانما مثل ذلك كراوية زيت يبتاع منها رجل بدينار أو بدينارين ويشترط عليه أن يكيل منها قياس صحيح في شراء مكيلة معلومة من حائط بعينه على شراء مكيلة معلومة من راوية بعينها ولا فرق بينهما التساوى أجزائها ولا يكون له من ذلك الا المكيلة التي تشترط ولو كانت الجملة تختلف أجزاؤها مثل ان يكون غنما أو نخلا واشترى منها عددا غير معين ولم يشترط خيارا لكان شريكا في الجملة بقدر عدد ما اشترى من عدد تلك الجملة

(فصل) وقوله فان انشقت الراوية فذهب زيتها فليس للمبتاع الا ذهبه ولا يكون بينهما بيع يريد انه لما اشترط الكيل على الزيت وتلف قبل أن يستوفيه المبتاع بالكيل وجب أن يكون من ضمان البائع وهذا الاخلاف فيه وجملة ذلك أن المبيع على ضربين أحدهما فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود والثمرة فى رؤس النخل لم يتناه صلاحها والمسلم فيه والضرب الثانى ليس فيه حق توفية بالعقد الحاضر والثوب والصبرة من الطعام أو غيره والثمرة فى رؤس النخل يابسة وقال القاضى أبو محمد فأما ما فيه حق توفية بكيل أو وزن أو عدد فضمانه قبل توفيته بذلك من البائع ووجه ذلك أن المبتاع ممنوع من تسلمه لا يستطيع الانتفاع به الا بعد التوفية كالذى فى الذمة (مسئلة) وأما ما يذرع فروى أشهب عن مالك فى العتبية من ابتاع دارا غائبة مذارعة أو حائطا على عدد النخل فهلكت ان ضمانها من بائعها والمشهور عنه ان الدور والارضين والحوائط من المبتاع الا انه لما باعها على الذرع وكان ذلك وجه استيفائها تعلقت بضمان البائع حتى يوفيها اياه بالعدد والدليل على ذلك ان هذا معنى يتقدر به المبيع فكان له تأثير فى توفيته كالمكيل والموزون (مسئلة) وأما الثمرة فى رؤس النخل فقد تقدم ذكرها وهنا أن ضمانها من البائع لحاجتها الى بقائها فى الاصل وتغذيتها به وقد روى ابن القاسم عن مالك فى الضأن يشترى صوفها فيصاب منها أكبش قبل أن تجز بسرقة أو بيع ان ضمانها من البائع ويوضع عن المشترى بقدر ذلك ووجهه انها متغذية بأصل البائع حتى يقبضها على ما جرت به العادة كالثمرة (فرع) وبما يصح الاستيفاء فى المكيل والموزون حكى أصحابنا ان ذلك فى المكيل بان يصب غير المكيل فى اناء المبتاع فان تلف بعد تمام الكيل وقبل تفريغه فى اناء المبتاع فهو من البائع وهذا اذا تولى كيله البائع أو أحد بأمره لأن الكيل عليه وأما ان تولى كيله المبتاع فاختلف أصحابنا فى ذلك ففى الواضحة من البائع وقال سحنون هو من المبتاع وجه ما قاله ابن حبيب ان الكيل على البائع فاذا تولاه المشترى فانما يتولاه على وجه النيابة فكانت حاله حال البائع ووجه ما قاله سحنون ان الاستيفاء يتم بوفاء الكيل اذا تولاه المشترى لان ما بعد ذلك من تفريغ الكيل فى انائه عمل بعد تمام الاستيفاء وقال سحنون فى الوزن مثل ما تقدم فى الكيل وهذا فيما اشترى على هذا النوع من الكيل والوزن وأما ما يوزن بظروفه فيقبضه المبتاع ليفرغه ثم توزن الظروف فان قبضه للظروف على ذلك قبض للزيت وان تلف قبل أن يفرغ الظرف فهو منه حكاه ابن المواز عن ابن القاسم (فرع) وههنا نوع آخر من الاستيفاء وهو أن يتفقا على تسليم اناء مملوء زيتا فيأخذه المبتاع على أن يملأ بقدر ذلك فيكتال قال أصبغ فى كتاب محمد فهذا قبض والضمان من المبتاع قبل تغير الاناء وهذا عندى انما جعل بالاتفاق عليه واستعجل المبتاع القبض قبل التقدير وروى ابن حبيب فيمن اشترى زرعا على الذرع فهلك قبل الذرع ان ذلك من المبتاع ووجه ذلك ان ما يقدر به باق وهذا يجب أن يلزم من غير اتفاق عليه ولا رضا به لانه لا يصح أن يقدر به لنفسه وانما يقدر بغيره فلا تعلق بحق التوفية بعينه (مسئلة) ومن كانت لرجل عنده دنانير دينا فدفع اليه دنانير فقال له خذها وزنا فان كانت وفاء فهى لك وما زاد فاردده وما بقى أوفيكه فهلكت قال ابن القاسم هى من قابضها اذا قبضها على وجه الاقتضاء والرهن ولو كانت بمعنى الوديعة كانت من الدافع وقال أصبغ فى كتاب ابن المواز ومن كانت عليه ثلاثة دنانير قائمة فدفعها الى الذى هى له وقال له زنها فما وجدت من قائم فهو لك فان ضاعت قبل أن يعرف ان فيها قائما فهى من الدافع وقال أصبغ فى قول ابن القاسم فى هذه المسئلة من قبضها على القضاء لا يشك فيها

ولو لم يكن على القضاء لكان رهنا لانه سبب مادفع عنه وقال ابن حبيب فى مسئلة مالك فى الذى دفع ثلاثة دنانير الى من له عليه دينار ليقتضى منها واحدا يختاره فيضيع انه لايضمن القابض الا واحدا ان معنى ذلك اذا لم يشك ان فيها وازنا وأما ان جهل ذلك وقال ضاعت قبل الوزن فلا يضمن شيأ منها ولا يكون متقاضيا وهو مصدق و يحلف انه ماعلم فيها الا وازنا ولا وزنها حتى ضاعت الا أن تكون الدنانير من الكثرة بحيث لايشك ان فيها دينارا وازنا فانه يضمنه خاصة وهكذا قال لى من كاشفت من أصحاب مالك

(فصل) وأما ما ليس فيه حق توفية كالعبد الحاضر والثوب وكالمبيع من المكيل والموزون والمعدود جزافا فان ضمانه بنفس العقد من المشترى خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما ان ضمانه من البائع قبل قبض المشترى وان العقد ينفسخ بتلفه والدليل على مانقوله حديث محمد بن خفاف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان الخراج بالضمان وهذا حديث قد أخذ به جماعة الفقهاء وعملوا بمضمنه فاستغنى عن معرفة عدالة ناقليه ودليلنا من جهة القياس ان هذا عقد معاوضة فكان تلف العوض العين فيه ممن صار اليه بنفس العقد أصل ذلك عقد النكاح (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الذى ليس فيه حق توفية لعينه وجنسه اذا اشترط البائع الانتفاع به مدة يجوز له واختلف أصحابنا فيمن شرط ركوب دابة باعها يوما وما بعد ثلاثة أيام فقال أبو زيد عن ابن القاسم انها من ضمان البائع مابقى له فيها شرط سواء تلفت بيده أو بيد المبتاع وقال أصبغ وابن حبيب هى من ضمان المبتاع ماتت بيده قبل الركوب أو بعده أو بيد البائع وجه ماقاله ابن القاسم ان البائع لما شرط ركوبها مدة وجب أن يتعلق بضمانه الى انقضائها لانه لا يوفى المبيع الا بعد استيفاء ماشرط فيه ووجه ماقاله أصبغ ان هذا بيع ليس عليه فيه حق توفية فلم يكن فى ضمانه وماشرط فيه من الانتفاع حق لنفسه وليس كذلك ماشرط للبائع من يصح بعده فان ذلك حق للمبتاع يلزمه أن يوفيه اياه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فان المبتاع يرجع على البائع بجميع الثمن وان قلنا بقول أصبغ فهل يرجع البائع على المبتاع بقدر ما استثنى من الركوب قال أصبغ فى كتاب ابن المواز لا يرجع عليه بشئ وقاله على بن زياد وسحنون فيمن باع دارا واستثنى سكناها سنة أو باع دابة واستثنى ركوبها يومين وقال ابن حبيب يرجع عليه بقدر ما استثنى من الثمن وجه القول الأول انه لم يتعلق به حق بذمة المبتاع ولا شئ فى يده فلم يكن له عليه الرجوع بشئ ووجه القول الثانى ان العين المبيعة قد صارت ملكا للمبتاع وجعل منفعتها من الشرط للبائع بعض الثمن فاذا تعذر على البائع استيفاء تلك المنفعة بتلف المبيع رجع بثمن تلك المنفعة (مسئلة) فان شرط البائع من الركوب بعد ثلاثة أيام مالا يجوز فهى ممن تلفت بيده من كتاب ابن المواز لانه بيع فاسد فلا يضمن الا بالقبض وقبض المبتاع لها قبل شرط البائع قبض يضمن به والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما قوله وكل شئ كان حاضرا مشترى على وجهه مثل اللبن اذا حلب والرطب يستجنى فيأخذ المبتاع يوما بيوم فلا بأس به وهذا كما قال ان حكم هذا حكم البيع لانه حاضر يتنجز قبضه وهو مرئى مشاهد معين فلا يتعلق بالذمة وانما يتعلق بمقدار معلوم من جملة معينة على ماتقدم وقوله مثل اللبن اذا حلب يريد أن يبدأ اللبن فى الغنم و يعرف لبنها ويستجنى الرطب فينظر المبتاع الى قدر مايجنى منه يوما فيشترط قبضه فيصلح ذلك فى العقد ومن ذلك أن يقول له أخرعنك هذه الثلاثة الأيام فاجنيته منها كل يوم فأنا آخذه منك ثلاثة أصوع بدينار فأما الذى فى المدونة انه جائز لانه قد نظر الى

الثمر وعرف مقدار ما يتعجل منها في هذه المدة ولو ضرب لذلك مدة طويلة لا يظهر ما يرطب اليه ولا يعرف قلته من كثرته لم يجز ذلك وهذا حكم اللبن اذا عرف قدره وضربت له مدة لا يختلف فيه وقد أنكر هذا بعض أصحابنا والصحيح عندي ما قدمت

(فصل) وقوله فان فني قبل أن يستوفي المشتري ما اشترى رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقي له يريد أن يخطئا في حزرهما فلا يكون في الحائط ما تبايعا أو تصيبه جائحة تذهب ببعض ثمرته فان وقع ذلك فالمبتاع أحق ببقيته حتى يستوفي شرطه وكذلك لو أراد البائع أن يذهب ببعض ثمرته لم يكن ذلك له ومنع منه الا أن يرى أن فيما بقي من الثمرة تمام حق المبتاع منها فان قصرت الثمرة عما ابتاعه انفسخ البيع بينهما فيما بقي لانه ابتاع منه معينا تلف بعضه قبل البعض فضى البيع فيما قبض منه وفات وبطل فيما بقي

(فصل) وقوله ويرد بحساب ما بقي هل يكون ذلك على التقديم أو على الكيل ففي المزابنة في الثمرات التراجع على الكيل وانما يكون التراجع على القيمة في الذي يبتاع لبن الغنم أياما معدودة فيحلبها أياما ثم تموت أو يموت بعضها وهذا يدل على أنه انما أراد بمسئلة التمر ما يسلم فيه ليؤخذ في يوم واحد انه على حساب الكيل واذا شرط أخذه في أيام مختلفة تختلف فيها قيمة الثمرة فوجب أن يراعى ذلك التقويم كمسئلة اللبن

(فصل) وقوله ويأخذ منه المشتري سلعة بما بقي يتراضيان عليها ولا يفارقها حتى يأخذها وان فارقه فان ذلك مكروه لانه يدخله الدين بالدين وقد نهى عن الكالئ بالكالئ يريد ان له أن يأخذ منه بالذي بقي عليه من ثمن حصته ما لم يقبضه من الثمرة ما شاء من السلع مطعوما أو غير مطعوم وله أن يأخذ في ذلك تمرا أو رطبا أكثر من المكيلة التي فاتته وأقل لان ذلك بيع مبتدأ الا أن من شرط صحته القبض دون التأخير فان أخذه فلا يخلو أن يكون مما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفية فان كان فيه حق توفية فلا يخلو أن يكون يأخذه لغير ضرورة أو للضرورة فان كان لغير ضرورة فالذي نص عليه في المدونة (مسئلة) وان كان لضرورة فلا يخلو أن يكون لا يمكن تعجل قبضه كثمرة بدا صلاحها ولم يحل جدادها أو سكنى دار أو خدمة عبد أو عمل صانع أو خادم يكون فيها عهدة أو مواضعة أو بيع على الخيار فهذا كله منع منه ابن القاسم ورواه عن مالك وقال أشهب يجوز ذلك في الاجارة والكراء ورواه عن مالك حكى ذلك كله ابن المواز وحكى عنهما المنع في شراء الخيار وشراء المواضعة والثمرة التي تستجد وحكى القاضي أبو محمد عن أشهب انه يجيز ذلك كله ووجه رواية ابن القاسم أن ذلك يدخله فسخ دين في دين وقد يعبر عنه أصحابنا بما عبر به مالك انه يدخله الدين بالدين يريد أن الدين الاول بالدين الذي فسخ فيه وذلك كله توسع في عبارة ومعنى قولنا انه فسخ دين انه كان له دنانير متعلقة بذمته فلما نقلها الى معنى ثان في ضمان الذي كان عليه الدين من ثمرة لم يبد صلاحها أو جارية على المواضعة لم تبرأ ذمة الذي عليه الدين بذلك من الدين الذي كان عليه لان الثمرة أصابها جائحة فهي من بائعها وكذلك الأمة في مدة المواضعة فلم تبرأ ذمته من الدين ولا بقيت مشغولة به على الصفة التي كانت مشغولة به قبل دفع الثمرة والجارية بدينه لان ذمته أولا كانت مشغولة بالدنانير خاصة وهي الآن مترددة بين براءتها ان سلمت الثمرة أو الجارية أو بقاء الدنانير فيها ان أصابتها جائحة فأشبه ذلك انتقالها من الاشتغال بالدنانير الى الاشتغال بثياب أو رقيق أو غير ذلك وهذا فسخ دين في دين ووجه رواية القاضي أبي محمد ان هذا عين وليس بدين ولذلك لا يتعلق

شئ منه بالذمة (مسئلة) وأما ان كان المانع من استعجال قبضه ما فيه من حق التوفية كالمكيل والموزون يكثر فيحتاج فى كيله الى المدة و يحتاج الى اعداد مكان يجعل فيه أو سفينة فاذا شرع فى ذلك واتصل العمل فى الاستيفاء جاز ذلك وان طال الأمر يوما أو يومين قال أشهب وشهرا اذا اتصل ذلك (مسئلة) وان كان مما ليس فيه حق توفية كالثوب والدابة والعبد فلا يخلو أن يبقى بيد البائع لمنفعة من استخدام أو لتوثق الى أن يشهد أو يبقى بيده لغير منفعة فان بقيت بيده المنفعة فلا بأس بذلك بشرط و بغير شرط وأما ان شرط حبسها لغير منفعة ففى المدونة عن ابن القاسم لا يعجبنى ذلك ولا أفسخ بها البيع

(فصل) وقوله فان وقع فى بيعها أجل فانه مكروه ولا يحل فيه تأخير ولا نظرة يريد انه ان شرط فى شئ من ذلك مما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفية التأخير فانه غير جائز لان البائع لا يبرأ بالعقد فعاد الى فسخ الدين فى الدين و يدخله التأجيل فى المعين وهو يمنع صحة العقد

(فصل) وقوله ولا يصلح الا بصفة معلومة الى أجل مسمى فيضمن ذلك البائع للمبتاع ولا يسمى ذلك فى حائط بعينه ولا فى غنم بأعيانها يريد ان الاجل والتأخير لا يصلح أن ينعقد به بيع الا بصفة معلومة الى أجل مسمى و يكون البيع مضمونا فى الذمة وأما العين فلا يصلح فيه طويل الأجل لانه لا يعرف سلامته اليه فيمكن تسليمه أو لا يسلم فلا يمكن تسليمه وما كان حاضرا ولا يتيقن صحة تسليمه لا يجوز عقد البيع فيه والفرق بينه وبين المسلم اليه فى صحة العقد عليه وان لم يتيقن سلامته الى أجل ان ذمته المتعلقة بماله باقية بعده تنوب عنه فى أداء ما عليه وليس كذلك المعين المبيع فانه ليس لفواته بدل ينوب منابه فافترقا (مسئلة) وأما ما قرب من الأجل فلا بأس أن يشترى المعين اليه و يشترط بقاءه عند البائع المدة اليسيرة التى لا يتغير مثله اليها غالبا وذلك على وجهين أحدهما أن يشترط ذلك لوجه منفعة كركوب الدابة ولبس الثوب أو امساكه على وجه التزين بالاشهار أو غير ذلك فلا بأس لانه لا غرر فيه إذ الغالب من البائع بقاء صفته الى مثل هذه المدة والحاجة داعية اليه فاذا اشترط بقاءه لغير عوض ففى المدونة من قول مالك انه مكروه فان وقع لم يفسخ البيع (مسئلة) والمدة التى يجوز بقاء الارض بيد المبتاع ففى المدونة اشتراط السنة فى الدار ليس ببعيد وكره ما بعد عن ذلك (مسئلة) وأما ركوب الدابة فجوز ابن القاسم ومطرف استثناء ركوبها اليوم واليومين وروى ابن حبيب عن مالك تجويز ركوبها يومين فى السفر وروى عنه أشهب المنع من ذلك فى السفر وروى ابن المواز منع ركوبها فى ثلاثة أيام وقال و يفسد العقد ووجه ذلك ان الدابة يسرع اليها التغير ولا سيما دواب الكد والعمل فانها تدبر وتتغير وتضعف ولو كانت من دواب الجمال والركوب خاصة لجاز ذلك فيها لانها لا تكاد تتغير فى مثل هذه المدة ما لم يكن سفرا ص * وسئل مالك عن الرجل يشترى من الرجل الحائط فيه ألوان من النخل من العجوة والكبيس والعذق وغير ذلك من ألوان التمر فيستثنى منه تمر النخلة أو النخلات يختارها من نخله فقال مالك ذلك لا يصلح لانه اذا صنع ذلك ترك تمر النخلة من العجوة ومكيلة تمرها خمسة عشر صاعا وأخذ مكانها تمر نخلة من الكبيس ومكيلة تمرها عشرة أصوع أو أخذ العجوة التى فيها خمسة عشر صاعا وترك التى فيها عشرة أصوع من الكبيس فكأنه اشترى العجوة بالكبيس متفاضلا * قال مالك وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بين يديه صبر من التمر قد صبر العجوة فجعلها خمسة عشر صاعا وجعل صبرة الكبيس عشرة أصوع وجعل صبرة العذق اثنى عشر صاعا فأعطى صاحب التمر دينارا

* وسئل مالك عن الرجل يشترى من الرجل الحائط فيه ألوان من النخل من العجوة والكبيس والعذق وغير ذلك من ألوان التمر فيستثنى منها تمر النخلة أو النخلات يختارها من نخله فقال مالك ذلك لا يصلح لأنه اذا صنع ذلك ترك تمر النخلة من العجوة ومكيلة تمرها خمسة عشر صاعا وأخذ مكانها تمر نخلة من الكبيس ومكيلة تمرها عشرة أصوع أو أخذ العجوة التى فيها خمسة عشر صاعا وترك التى فيها عشرة أصوع من الكبيس فكأنه اشترى العجوة بالكبيس متفاضلا قال مالك وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بين يديه صبر من التمر قد صبر العجوة فجعلها خمسة عشر صاعا وجعل صبرة الكبيس عشرة أصوع وجعل صبرة العذق اثنى عشر صاعا فأعطى صاحب التمر دينارا

على انه يختار فيأخذ أي تلك الصبر شاء قال مالك فهذا لا يصلح ﴾ ش وهذا كما قال وهو مبنى على تحريم التفاضل في التمر رطبه وتمره فاذا كانت صبره مختلفة المكيلة أو غير متيقنة التساوى فقد باع بعضها ببعض لوجهين أحدهما أن ابتياعها قد يتناول كل واحدة من الصبر تناولا واحدا فاذا عين منها صبرة فقد ترك ما تناوله بيعه من غيره لما أخذ من الصبرة التى تخير والوجه الثانى أن مبتاع التمر قد يأخذ صبرة العجوة ويعيبها ثم يتركها ويأخذ بدلا منها الكبيس أو العذق دون أن يعلم بذلك البائع فيدخل ذلك التفاضل في التمر واذا كان ذلك يكثر لترجيح الحوز والاختيار حمل عليه كل ما اشترى على ذلك (مسئلة) وهذا حكم ما يحرم فيه التفاضل اذا اختلفت مقاديره فان كان المبيع مما لا يحرم فيه التفاضل كالحيوان والثياب وان اختلفت أجناسه واختلفت الأثمان لم يجز الاختيار فيه وسيأتى بيانه بعد هذا في باب بيعتين في بيعة وان اتفقت أثمانه وأجناسه فلا بأس بالاختيار في ذلك مثل أن يقول له بعتك أحد هذين الثوبين أيهما شئت بريد وسواء شرط الخيار في عقد البيع أو لم يشترطه ولا يجوز عند الشافعي شرط الخيار أو لم يشترطه وقال أبو حنيفة يجوز أن يشترط اختيار عبد من عبدين أو ثلاثة ولا يجوز في عبد من أربعة والدليل على ما نقوله ان كل جملة صح العقد على واحد منها معين صح العقد على واحد منها غير معين أصله قفيز من صبرة (مسئلة) وسواء اختار معظم الجملة أو اشتراها بخلاف البيع فانه لا يجوز أن يكون له الاختيار الا في اليسير من الجملة والفرق بينهما ان ما يصير الى المشترى فانما يصير اليه بعقد الشراء وما يبقى بيد البائع فانه لا يتناوله العقد فاذا كان البائع اختار معظم الجملة دخل الغرر ما يصير الى المبتاع الجهالة بما يبقى بعد اختياره أكثر فأبطل ذلك البيع واذا كان للمبتاع اختيار معظم الجملة دخل الغرر كما يبقى للبائع فلم يبطل ذلك لانه لم يتناوله عقد (مسئلة) ومن ابتاع عشرة يختارها من غنم فوتها قبل اختياره ففى كتاب محمد له أن يختار عشرة من الأمهات دون الأولاد وهذا عندى على قول أشهب في أن الوطء يحدث في مدة الخيار للبائع وأما على قول ابن القاسم فيجب أن تكون الأولاد لمن صارت اليه الأمهات واذا كان ذلك في الخيار فبأن يكون في الاختيار أولى وأحرى ص ﴾ وسئل مالك عن الرجل يشترى الرطب من صاحب الحائط فيسلفه الدينار ماذا له اذا ذهب رطب ذلك الحائط * قال مالك يحاسب صاحب الحائط ثم يأخذ ما بقى له من ديناره اذا كان أخذ بثلثى دينار رطبا أخذ ثلث الدينار والذى بقى له وان كان أخذ ثلاثة أرباع ديناره رطبا أخذ الربع الذى بقى له أو يتراضيان بينهما فيأخذ بما بقى له من ديناره عند صاحب الحائط ما بدا له ان أحب أن يأخذ تمرا أو سلعة سوى التمر أخذها بما فضل له فان أخذ تمرا أو سلعة أخرى فلا يفارقه حتى يستوفى ذلك منه * قال مالك وانما هذا بمنزلة أن يكرى الرجل الرجل راحلة بعينها أو يؤاجر غلامه الخياط أو النجار أو العمال لغير ذلك من الأعمال أو يكرى مسكنه ويستلف اجارة ذلك الغلام أو كراء ذلك المسكن أو تلك الراحلة ثم يحدث في ذلك حدث بموت أو غير ذلك فيرد رب الراحلة أو العبد أو المسكن الى الذى سلفه ما بقى من كراء الراحلة أو اجارة العبد أو كراء المسكن يحاسب صاحبه بما استوفى من ذلك ان كان استوفى نصف حقه رد عليه النصف الباقى الذى له عنده وان كان أقل من ذلك أو أكثر فبحساب ذلك يرد اليه ما بقى له ﴾ ش قوله فيمن ابتاع من صاحب الحائط طعاما من تمره اذا فنى

يشترى الرطب من صاحب الحائط فيسلفه الدينار ماذا له اذا ذهب رطب ذلك الحائط * قال مالك يحاسب صاحب الحائط ثم يأخذ ما بقى له من ديناره ان كان أخذ بثلثى دينار رطبا أخذ ثلث الدينار والذى بقى له وان كان أخذ ثلاثة ارباع ديناره رطبا أخذ الربع الذى بقى له أو يتراضيان بينهما فيأخذ بما بقى له من ديناره عند صاحب الحائط ما بدا له ان أحب أن يأخذ تمرا أو سلعة سوى التمر أخذها بما فضل له فان أخذ تمرا أو سلعة أخرى فلا يفارقه حتى يستوفى ذلك منه * قال مالك وانما هذا بمنزلة أن يكرى الرجل الرجل راحلة بعينها أو يؤاجر غلامه الخياط أو النجار أو العمال لغير ذلك من الأعمال أو يكرى مسكنه ويستلف اجارة ذلك الغلام أو كراء ذلك المسكن أو تلك الراحلة ثم يحدث في ذلك حدث بموت أو غير ذلك فيرد رب الراحلة أو العبد أو المسكن الى الذى سلفه ما بقى من كراء الراحلة أو اجارة العبد أو كراء المسكن يحاسب صاحبه بما استوفى من ذلك ان كان استوفى نصف حقه رد عليه النصف الباقى الذى له عنده وان كان أقل من ذلك أو أكثر فبحساب ذلك يرد اليه ما بقى له

* قال مالك ولا يصلح التسليف في شيء من هذا يسلف فيه بعينه الا أن يقبض المسلف ما سلف فيه عند دفعه الذهب الى صاحبه
يقبض العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ فيما اشترى من الرطب

فيأخذ منه عند دفعه الذهب الى صاحبه لا يصلح أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا أجل * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يقول الرجل للرجل اسلفك في راحلتك فلانة اركبها في الحج وبينه وبين الحج أجل من الزمان أو يقول مثل ذلك في العبد أو المسكن فانه اذا صنع ذلك كان انما يسلفه ذهبا على انه ان وجد تلك الراحلة صحيحة لذلك الأجل الذي سمى له فهي له بذلك الكراء وان حدث بها حدث من موت أو غيره رد عليه ذهبه وكانت عليه على وجه السلف عنده * قال مالك وانما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر أو استكرى فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره وأخذ أمرا معلوما وانما مثل ذلك أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة فيقبضهما وينقد أثمانهما فان حدث بهما حدث من عهدة السنة أخذ ذهبه من صاحبه الذي ابتاع منه فهذا لا بأس به وبهذا مضت السنة في بيع الرقيق * قال مالك ومن استأجر عبدا بعينه أو تكارى راحلة بعينها الى أجل يقبض العبد أو الراحلة الى ذلك الأجل فقد عمل بما يصلح لا هو قبض ما استكرى واستأجر ولا هو سلف في دين يكون ضامنا على صاحبه حتى يستوفيه

تمر الحائط يرجع عليه بما بقي له من التمر الذي دفع اليه لانه انما اشترى منه تمرا معينا فلما عدم قبل أن يستوفي منه ما اشترى انتقض البيع في ذلك المقدار الذي بقي له فلم يكن له الرجوع بحصة من الثمن ولا يجب تأخيره ليأخذ بدله من تمر ذلك الحائط في العام المقبل بل يجوز ذلك ولو اتفقا عليه لانه سلم في تمر حائط معين قبل بدو صلاحه وفسخ ما وجب له عن دين الغير في دين تمره وله أن يأخذ منه بما بقي له شيأ معينا تمرا أو غيره مما يؤكل أو مما لا يؤكل أكثر من المكيلة التي فسخ فيها البيع أو أقل يتنجز أخذه ولا يتأخر على حسب ما تقدم

(فصل) وقوله وانما ذلك بمنزلة أن يكري الرجل الرجل راحلته أو يؤاجره عبده الخياط ويقبض الأجرة ثم تموت الراحلة أو العبد قبل استيفاء العمل فانه يرد ما بقي عليه من الكراء ولا ينظر في هذا الى قليل ما استوفى وكثيره لانه قد فات بالاستيفاء والقبض فسواء استوفى أكثره أو أقله فانما يرجع بما بقي له من العوض ص * قال مالك ولا يصلح التسليف في شيء من هذا يسلف فيه بعينه الا أن يقبض المسلف ما سلف فيه عند دفعه الذهب الى صاحبه يقبض العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ فيما اشترى من الرطب فيأخذ منه عند دفعه الذهب الى صاحبه لا يصلح أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا أجل * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يقول الرجل للرجل أسلفك في راحلتك فلانة أركبها في الحج وبينه وبين الحج أجل من الزمان أو يقول مثل ذلك في العبد أو المسكن فانه اذا صنع ذلك كان انما يسلفه ذهبا على أنه ان وجد تلك الراحلة صحيحة لذلك الأجل الذي سمى له فهي له بذلك الكراء وان حدث فيها حدث من موت أو غيره رد عليه ذهبه وكانت عليه على وجه السلف عنده * قال مالك وانما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر أو استكرى فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره وأخذ أمرا معلوما وانما مثل ذلك أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة فيقبضهما وينقد أثمانهما فان حدث بهما حدث من عهدة السنة أخذ ذهبه من صاحبه الذي ابتاع منه فهذا لا بأس به وبهذا مضت السنة في بيع الرقيق * قال مالك ومن استأجر عبدا بعينه أو تكارى راحلة بعينها الى أجل يقبض العبد أو الراحلة الى ذلك الأجل فقد عمل بما يصلح لا هو قبض ما استكرى أو استأجر ولا هو سلف في دين يكون ضامنا على صاحبه حتى يستوفيه * ش قوله انه لا يصلح أن يسلف في شيء بعينه الا أن يقبض عند دفعه الذهب ما سلف فيه من العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ بأخذ ما سلم فيه من الرطب لا يصلح في شيء من ذلك تأخير ولا أجل يريد والله أعلم التأخير البين الذي يكون في مثله الغرر ولا بأس ان يتأخر قبض العبد الايام التي لا غرر فيها وأما الثمرة من الحائط المعين ففي المدونة لا بأس أن يضرب بالقبض ذلك أجلا والخمسة عشر يوما قريب

(فصل) وقد مر تفسير ما كره من ذلك أن يسلف الرجل في الراحلة المعينة يحج عليها وبين الحج أجل من الزمان وقيل ذلك في المسكن أو العبد وكأنه انما يسلفه ذهبا على انه ان وجدت تلك الراحلة صحيحة عند الأجل فهي له بذلك الكراء والا رد عليه ذهبه وكانت سلفا عنده خص ههنا المنع بالنقد دون العقد وقد قال في المدونة لا بأس أن يعجل النقد في راحلة اكتراها بعينها ليركبها بعد اليومين والأمر القريب فان تباعد فلا خير فيه ولا بأس في قول مالك أن يكتريها ليركبها بعد شهر أو شهرين مالم

ينقد وقال غيره لايجوز فوجه رواية ابن القاسم انه اذا لم ينقده الكراء فليس فيه ما يكون مرة كراء ومرة سلفا ووجه قول الغير ان الغرر متعلق باكتراء معين لايقبض الا الى أجل بعيد وهذا المعنى باق فى المسئلة وان عريت من النقد

(فصل) وقوله وانما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر فقد خرج من الغرر والسلف الذى يكره كالذى يشترى العبد فينقد ثمنه ويقبضه فان حدث به حدث فى عهدة السنة أحرز منه فهذا لا بأس به يريد انه فرق بين ذلك فيما يكثر فيه الغرر بالقبض وذلك انه من استأجر دابة يركبها بعد مدة أو عبدا يستخدمه بعد مدة ونقد ثمنه فانه يدخله الغرر المفسد للعقد لعدم القبض فيه ولو قبضه مع تعاقد الكراء عليه لزال هذا النوع من الغرر وان كنا نعلم اذا استأجر لخدمة سنة أو أكثر انه تأخر قبض باقى الخدمة وقد يجوز مالك استئجاره لعشرين سنة وقد تضمنه فى أثناء ذلك ما يمنع استيفاء عمله من مرض أو موت أو اباق مما يوجب الرجوع على سيده بالاجرة التى أخذها عوضا من عمله الكراء القبض بعينه قام بعينه مقام القبض بجميع منفعته فى نفى هذا النوع من الغرر عنه لان ذلك أكثر ما يمكن أن يتحرز به فيه وهذا كما يقول انه من ابتاع عبدا معينا لايقبضه الى سنة ونقد ثمنه انه لايجوز ذلك ولو اشتراه فقبضه ونقد ثمنه جاز وان كنا نعلم ان ما أصابه فى أثناء السنة من جنون أو جذام أو برص فانه يوجب للمبتاع الرجوع بالثمن على بائعه * قلت ان المصحح لهذا المعنى قبض المبيع فهذا معنى قول مالك وما أشار اليه والله أعلم وأحكم

﴿ بيع الفاكهة ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من ابتاع شيأ من الفاكهة من رطبها أو يابسها فانه لايبيعه حتى يستوفيه ولا يباع شئ منها بعضه ببعض الا يدا بيد وما كان منها مما ييبس فيصير فاكهة يابسة تدخر وتؤكل فلا يباع بعضه ببعض الا يدا بيد ومثلا بمثل اذا كان من صنف واحد فان كان من صنفين مختلفين فلا بأس بان يباع منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يصلح الى أجل وما كان منها مما لا ييبس ولا يدخر وانما يؤكل رطبا كهيئة البطيخ والقثاء والخربز والجزر والاترج والموز والرمان وما كان مثله وان يبس لم يكن فاكهة بعد ذلك وليس هو مما يدخر ويكون فاكهة قال فأراه خفيفا أن يؤخذ منه من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد فاذا لم يدخل فيه شئ من الأجل فانه لا بأس به ﴾ ش قوله رحمه الله من ابتاع شيأ من الفواكه رطبها أو يابسها فانه لايبيعه حتى يستوفيه لما فيه من حق توفيته بوزن أو كيل أو عدد ونص على الفواكه فى هذه المواضع ليلحقها بما تقدم من قوله فى الطعام المقتات وهذا هو المشهور من المذهب وقد تقدم ذكر الخلاف فيه

(فصل) وقوله ولا يباع شئ منها بعضه ببعض الا يدا بيد يريد بجنسه أو بغير جنسه لان حكم التناجز لايختص بالجنس وان اختص به التفاضل ولذلك جاز بيع الذهب بالورق متفاضلا وشرط فيه المناجزة

(فصل) وقوله وما كان منها مما ييبس فيصير فاكهة يابسة يدخر ويؤكل فلا يباع بعضه ببعض مثلا بمثل اذا كان صنفا واحدا جعل ههنا علة تحريم التفاضل اليبس والادخار للاكل وقد تقدم ذكره مع ماله فى ذلك من القولين الآخرين ان العلة الاقتيات وان العلة الادخار للاقتيات وعلى حسب هذا تختلف أجوبته وأجوبة أصحابنا فى فرع مسائل هذا النوع

(فصل) وقوله وان كان مما ييبس ويدخر وانما يؤكل رطبا كالبطيخ والقثاء والخربز والاترج

﴿ بيع الفاكهة ﴾

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من ابتاع شيأ من الفاكهة من رطبها أو يابسها فانه لايبيعه حتى يستوفيه ولا يباع شئ منها بعضه ببعض الا يدا بيد وما كان منها مما ييبس فيصير فاكهة يابسة تدخر وتؤكل فلا يباع بعضه ببعض الا يدا بيد ومثلا بمثل اذا كان من صنف واحد فان كان من صنفين مختلفين فلا بأس بأن يباع منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يصلح الى أجل وما كان منها مما لا ييبس ولا يدخر وانما يؤكل رطبا كهيئة البطيخ والقثاء والخربز والجزر والاترج والموز والرمان وما كان مثله وان يبس لم يكن فاكهة بعد ذلك وليس هو مما يدخر ويكون فاكهة قال فاراه خفيفا أن يؤخذ منه من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد فاذا لم يدخل فيه شئ من الأجل فانه لا بأس به

والموز والرمان وما كان مثله وان يبس لم يكن فاكهة بعد ذلك فليس هو مثل ما يدخر ويكون فاكهة يجوز فيه التفاضل يريد ان هذه الفاكهة التي نص عليها ليست مما ييبس و يدخر وما ييبس من ذلك لم يكن فاكهة بعد اليبس فهذا يجوز التفاضل في الجنس الواحد وقد قال في المزابنة أجاز مالك فيها التفاضل وان كانت من صنف واحد قال البطيخ والخربز والقثاء وما أشبه ذلك والخوخ والرمان والاجاص وعيون البقر والموز فهذا كله يجوز فيه التفاضل اذا كان رطبا كله وروى يحيي عن ابن نافع الخوخ والرمان والاجاص وعيون البقر والموز مما يدخر وييبس فلا يباع بعضه ببعض متفاضلا الا مثلا بمثل ان كان رطبا كله

﴿ بيع الذهب بالورق عينا وتبرا ﴾

﴿ بيع الذهب بالفضة تبرا وعينا ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن يحيي بن سعيد انه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة فباعا كل ثلاثة باربعة عينا وكل أربعة بثلاثة عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أربيتما فردا

ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا وكل أربعة بثلاثة عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أربيتما فردا ﴾ ش قوله أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة من باب الوكالة في المراطلة بالذهب والمبادلة ومن شرط صحتها أن يتولى قبض العوض فيها من عقدها فان عقده هو الصرف ووكل من يقبض أو وكل من يصرف ويقبض هو فابن المواز حكى عن مالك لا يجوز شئ من ذلك وهذا اذا فارق الذي عقد الصرف قبل أن يقبض الآخر لان من عقد الصرف قد فارق من صارفه قبل القبض وانما راعى في فساده مفارقة العاقد قبل القبض (مسئلة) فان عقد الصرف ودفع الدينار وأحال عليه من يقبض منه الدراهم ثم فارقه قبل القبض فلا خلاف في أنه لا يجوز وان قضاه قبل مفارقة المصارف له ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم لا خير في ذلك سواء أحال بجميع الدراهم أو ببعضها وروى زيد بن بشر عن ابن وهب لا بأس به وقال أشهب لا يفسخ ذلك الا أن يفارقه قبل قبض المحال بالدراهم سواء ثبت دين المحال عليه قبل عقد الصرف أو بعده فقول ابن القاسم مبنى على أن من شرط الصرف أن يقبض العاقد العوض وعند أشهب من شرطه أن لا يفارقه قبل القبض سواء قبض هو أو غيره بمنزلة الاقالة في السلم والفرق عند ابن القاسم بين ذلك وبين الصرف ان الصرف أشد لان سرعة القبض فيه معتبرة لنفسها لا لمعنى غيرها والاقالة في السلم لم يلزم القبض فيها قبل التفرق لان ذلك مقتضى عقد الاقالة بدليل جواز تأخير القبض في الاقالة من الأعيان وانما يلزم ذلك فيها لئلا يئول الى فسخ دين في دين والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان دينار بين رجلين صرفاه من رجل بدراهم ثم وكل أحدهما صاحبه على قبض الدراهم وانقلب هو قبل القبض ان ذلك جائز ان قبض الثاني قبل أن يفارق الصراف حكاه ابن المواز عن ابن القاسم قال وكذلك الحلى ووجه ذلك انه لما كان لكل واحد منهما حصة في الدينار كان كل واحد منهما قد باع جميعه فجاز له قبض الثمن ولم يفسده مفارقة صاحبه الصراف ولو باع رجل دينارا من رجلين فوكل أحدهما الآخر على قبضه جاز ذلك قال محمد وذلك اذا اشتركا في الدراهم قبل الصرف وأما ان كان أحدهما دفع اليه عشرة دراهم ودفع الآخر اليه مثلها ثم أرادا أن يدفع اليهما بذلك دينارا لم يجز لان كل واحد منهما لا يصح منه القبض

(فصل) وقوله أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة ظاهر لفظ آنية يقتضي صحتها وبقاء صياغتها ويؤكد هذا الظاهر انهما باعا كل ثلاثة بأربعة وذلك يقتضي جواز اتخاذ ذلك لان

مالايجوز اتخاذه لايجوز بيعه بل لايجوز اقراره ولا تملكه ولما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ببيعها ولم يأمر باتلاف صياغتها اقتضى ذلك بيعها على هيئتها وذلك معنى اتخاذها وقد قال مالك في كتاب الزكاة من المدونة في الرجل يشتري آنية ذهب أو فضة زنتها أقل من قيمتها يزكى وزنها فجعل للصياغة قيمة وذلك يقتضي اباحتها وقال في الصرف في المدونة كان مالك يكره هذه الأشياء التي تصاغ من الفضة والذهب كالأباريق والمداهن والمجامر والأقداح فيحتمل أن يريد بذلك كراهية بيعها بجنسها متفاضلا أو كراهية استعمالها فيحتمل أن يريد كراهية اتخاذها فأما استعمالها فلا خلاف في المذهب في تحريمه وهو قول جمهور الفقهاء وأما اتخاذها فقد ذكر فيه عن مالك ما تقدم

(فصل) وقوله فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا وكل أربعة بثلاثة عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أربيتما فردا يقتضي منع الزيادة في الذهب بالذهب والورق بالورق وذلك ان هذين لايجوز بينهما التفاضل في الجنس ولا خلاف في ذلك الا ماروي عن ابن عباس والدليل على صحة ماذهب اليه الجمهور قول الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والربا الزيادة وماروي عن ابن عمر الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لافضل بينهما هذا عهد نبينا الينا وعهدنا اليكم وقد روي أن ابن عباس رجع عنه وسواء تبره ومسكوكه ومصوغه وجيده ورديئه في وجوب التساوي وتحريم التفاضل (مسئلة) ولا اعتبار بالسكة ولا بالصياغة في شئ من ذلك فان كان المصوغة أدون ذهبا والتبر أفضل فلا بأس بذلك لان الصياغة تبع ملغى غير مؤثر كالجودة ولو ثبت له في ذمته ذهب مصوغ أو مسكوك فأراد أن يقبضه عنه تبرا أفضل ذهبا لم يجز ذلك لان الصياغة قد ثبتت له في ذمته فصارت حقا له ثم تركها عوضا عن جودة الذهب التبر فدخل ذلك التفاضل لانه صياغة وذهب بذهب وليس كذلك المراطلة فان الصياغة لم تثبت في ذمته فلا تأثير لها

(فصل) وقوله أربيتما فردا يريد والله أعلم وأحكم أفضلتما فيما يحرم فيه التفاضل وعلة الربا في الذهب والفضة انهما أصول الأثمان وقيم المتلفات وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة علتهما الوزن والدليل على ابطال مذهبه في أن الحديد والكحل فيه الربا ان مالايثبت الربا في مصوغه لايثبت في غير مصوغه كالتراب والدليل على ابطال علتهم انه لو كانت علة الربا في الورق والذهب الوزن لما جاز أن يسلم في موزون لان كل عينين جمعتهما علة واحدة في الربا لم تعلم احداهما في الأخرى كالذهب والفضة ولما أجمعنا على أنه يجوز تسليم الذهب والفضة في الموزون علمنا انه لم يجمعهما علة الربا

(فصل) وقوله فردا أمرهما برد البيع ولم يسئلهما عن فواته والذهب المبيع على ضربين مصوغ وغير مصوغ فأما غير المصوغ فانه لايفوت البيع فيه بوجه ولا بد من رد فاسده لأنه مما له مثل وقد قدمنا أن ماله مثل لايفوت بفوات عينه لوجود مثله وأما المصوغ فاختلف أصحابنا فيه فحكى ابن المواز أنه ان باعه جزافا فأنه تفيته حوالة الاسواق وان كان سيفا على قبضته الأكثر لم تفته حوالة الاسواق ويفيته البيع والتلف أو قلع قبضته فيرد قيمته قال محمد وليس بالقياس والذي حكى محمد في مسئلة السيف هو مذهب ابن القاسم في المدونة وهي رواية تخالف ماذكره في الحلي ووجه ماذكره في مسئلة الحلي أن هذا غير مكيل ولا موزون ففات بحوالة الاسواق كصبرة القمح ووجه رواية ابن القاسم أن العين لاقيمة له فلما كانت عينه موجودة وجب رده لان الاشياء تقوم به ولا يقوم هو بغيره فلا تتغير قيمته بتغير الاسواق وأما نقصه فقد غير عين المبيع لما أدخل نقصا فلزمته القيمة وقد قال سحنون في مسئلة السيف لاتفوت بالبيع ويحتمل تخصيص ذلك بالعين خاصة فان قلنا ان

* وحدثني عن مالك عن موسى بن أبي تميم عن أبي الحباب سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لافضل بينهما

ذلك حكم كل بيع فاسد فوجهه أن البيع الثاني فرع للاول فاذا لم يصح الاول بوجه من وجوه الصحة لم يصح الثاني فوجب نقضهما وان قلنا ان ذلك يختص بالعين فانه لاتختلف قيمته بوجه فلم يفت مع بقاء عينه والاظهر أن المسوغ تعتبر قيمته لأنه لو أتلفه انسان لوجبت عليه قيمته ص ﴿ مالك عن موسى بن أبي تميم عن أبي الحباب سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لافضل بينهما ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لافضل بينهما يريد إيجاب التساوي وتحريم التفاضل في كل شئ من ذلك بجنسه وبدل الدنانير بالدنانير والدراهم بالدراهم على وجهين أحدهما وزنا والثاني عددا فأما الوزن فلا يجوز فيه الا التساوي ولا تجوز فيه زيادة على وجه معروف ولا بمسامحة ولا يجوز أن يكون مع أحدهما زيادة من جنسه ولا من غير جنسه لأن العوض الآخر يقسط على الذهب والزيادة التي معها فيؤدي الى التفاضل في الذهب واختلف قول مالك في الرجل يأتي دار السكة فيدفع اليهم فضة وزنا ويأخذ منهم وزنا دراهم ويعطيهم أجرة العمل فقال مرة أرجو أن يكون خفيفا وذكره ابن المواز ورواه عيسى عن ابن القاسم ومنع من ذلك عيسى بن دينار وحكاه ابن حبيب عن جماعة من أصحاب مالك وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجه رواية الجواز على الكراهية ما احتج به من ضرورة الناس الى الدراهم وتعذر الصرف الا في ذلك الموضع مع حاجة الناس الى الاستعجال وانحفاز المسافر للمرور مع أصحابه وخوفه على نفسه في الانفراد ويخاف ان غاب عنه ذهبه أن لا يعطاه ويمطل به والضرورة العامة تبيح المحظور وأما اليوم فقد صار الضرب بكل بلد واتسع الامر فلا يجوز له ووجه رواية المنع انه لا يخلو أن يكون بيعا أو اجارة فان كان بيعا ففيه التفاضل في الذهب وان كان اجارة فهو اجارة وسلف وذلك غير مؤثر في الوجهين وأما الصائغ فلا يجوز ذلك معه قولا واحدا قاله ابن حبيب في واضحته (مسئلة) وأما المبادلة بالعدد فانه يجوز ذلك وان كان بعضها أوزن من بعض في الدينار والدينارين على سبيل المعروف والتفضل وليس ذلك من التفاضل لأنهما لم يبنيا على الوزن ولهذا النوع من المال تقديران الوزن والعدد فان كان الوزن أخص به وأولى فيه الا أن العدد معروف فاذا عمل فيه على العدد جوز يسير الوزن زيادة على سبيل المعروف مالم يكن في ذلك وجه من المكايسة والمغابنة فيمنع منه وهذا عند ناميني على مسئلة العرية وذلك ان العرية لما كان للثمرة تقديران أحدهما الكيل والآخر الخرص والتحري جاز العدول عن أولهما الى الثاني للضرورة على وجه المعروف فكذلك الدنانير والدراهم (مسئلة) وهذا اذا كانت الدنانير كلها سواء فان كانت متفاضلة في الجودة فلا يخلو أن تكون الوازنة أدنى ذهبا أو أفضل فان كانت أدنى ذهبا لم يجز لأنه أخذ فضل صاحبه في زيادة وزن ذهبه وان كانت الوازنة أفضل ذهبا فان مالكا كرهه وجوزه ابن القاسم وجه قول مالك ان المبادلة انما جازت فيها على وجه المعروف فاذا اختلفت أعيانها وجب أن لا يجوز كالعرية لما كان طريقها البدل على وجه المعروف لم يجز أن يشترط فيها غير مثل الثمرة لا أفضل ولا أدون ووجه قول ابن القاسم البعد عن التهمة لكون فضل الجودة والوزن من جهة واحدة ولا يحتمل ذلك غير مجرد التفضل (فرق) فان قلنا بقول مالك فانه يجوز أن يأخذ عند الجداد من غير جنس العرية لأنهما لم يعقدا البيع على ذلك وفي مسئلتنا عقد البيع عليه فوزانه أن يعقدا بيع العرية على غير الجنس فلا يجوز وفي العتبية فيمن أبضع مع رجل دينارا فلا بأس أن يبدله بأجود منه عينا ووزنا قال ويعلم صاحبه ومعنى ذلك أنه لم ينعقد فيه

صرف ولا بدل وانما هو معروف (مسئلة) ولا يجوز هذا في كثير الذهب العشرة دنانير ونحوها الآن ما كان هذا حكمه من المعروف فانه يختص باليسير دون الكثير كبيع العرية

ص ﴿ مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيأ غائبا بناجز ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل عام في جميع أنواعه من التبر والمسكوك والمصوغ والجيد والردىء وقوله صلى الله عليه وسلم ولا تشفوا بعضها على بعض يقتضي المنع من يسير الزيادة لأن الشفوف انما يستعمل في يسير الزيادة وأما قوله صلى الله عليه وسلم ولا تبيعوا منها غائبا بناجز فانه منع النسا فيها والعقد على غائب حين العقد منهما الأن الغائب ما غاب عن العقد المذكور وفائدة ذلك أن التقابض في العوضين منهما شرط في صحة العقد عليهما لأنه محال أن يشترط حضورهما العقد ويؤخر قبضهما ص ﴿ مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد انه قال كنت مع عبد الله بن عمر فجاءه صائغ فقال له يا أبا عبد الرحمن اني أصوغ الذهب ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه فأستفضل من ذلك قدر عمل يدي فنهاه عبد الله عن ذلك فجعل الصائغ يردد عليه المسئلة وعبد الله ينهاه حتى انتهى الى باب المسجد أوالى دابة يريد أن يركبها ثم قال عبد الله بن عمر الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لافضل بينهما هذا عهد نبينا الينا وعهدنا اليكم ﴾ ش منع عبد الله بن عمر من بيع المصوغ من الذهب بأكثر من وزنه غير مصوغ على ما تقدم في حديث السعدين من منعه صلى الله عليه وسلم من بيع الآنية من الذهب أو الورق بأكثر من وزنها ومراجعة الصائغ له في ذلك رجاء أن يكون جوابه انما صدر على ذهبين غير مصوغين فان حكم المصوغ أحدهما بخلاف ذلك ولعله أن يكون سمع في ذلك اباحة ممن لم يعتمد على قوله فرجا أن يجد مثل ذلك عند عبد الله بن عمر وسؤاله له في الطريق دليل على التواضع مع أن المسئلة كانت عنده من البيان بحيث لم يحتج الى اعمال النظر فيها والتمكن منها ليذكر حكمها

(فصل) وقوله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لافضل بينهما يحتمل معنيين أحدهما ان هذا اسم لهذا المقدار من كل ذهب وورق مصوغا كان أو غير مصوغ ولذلك يقال في هذا الاناء مائة دينار ذهبا وفي هذا الحلي مائة درهم ورقا وان لم يكن شيء من ذلك مضروبا فيكون قوله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم عام في كل ذهب وورق مصوغين كانا أو غير مصوغين والثاني أن يكون الدينار والدرهم اسما للمضروب دون غيره ولكنه قاس المصوغ عليه على ما قدمناه

(فصل) وقوله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم يقتضي ثلاثة أشياء المبايعة والمبادلة والقضاء فأما المبايعة فانها تختص في الأغلب بمعاوضة العروض بعضها ببعض والعرض بالأثمان وأما الأثمان بعضها ببعض فان لها اسما أخص وان بيع منها شيء بغير جنسه فاسم الصرف أخص به وان بيع منها شيء بجنسه فاسم المبادلة والمراطلة أخص به وهما يختلفان في المعنى وذلك ان المراطلة تكون وزنا والمبادلة تكون عددا (مسئلة) فأما القضاء فقد تكون قضاء عن سلف وقضاء عن غير سلف فان كانت عن سلف وأسلفه ذهبا عددا فقضاه مثل عدده ووزنه كان هذا معنى الدينار بالدينار عددا ووزنا فان قضاه مثل عدده أو أدون أو أنقص جاز ذلك لان عبرة السلف بالعدد والنقص في الوزن صفة من صفة الدينار لا اعتبار لها في الكثرة والقلة كالجودة والرداءة فان قضاه أقل من عدده في كل وزنه جاز لان القبض يجوز قليله وكثيره في قضاء السلف وان قضاه أكثر من عدده في مثل

* وحدثني عن مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيأ غائبا بناجز * وحدثني عن مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد انه قال كنت مع عبد الله ابن عمر فجاءه صائغ فقال له يا أبا عبد الرحمن اني أصوغ الذهب ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه فأستفضل من ذلك قدر عمل يدي فنهاه عبد الله عن ذلك فجعل الصائغ يردد عليه المسألة وعبد الله ينهاه حتى انتهى الى باب المسجد أو الى دابة يريد أن يركبها ثم قال عبد الله بن عمر الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لافضل بينهما هذا عهد نبينا الينا وعهدنا اليكم

وزنه يجب على أصل المذهب أن لا يجوز من ذلك الا اليسير لان الزيادة في قضاء السلف معفو عن يسيرها دون كثيرها وان قضاه أقل عددا أو أكثر وزنا أو أكثر عددا أو أقل وزنا لم يجز ذلك لانه قد وجد الاختلاف بين الذهبين على وجه يقتضي المغابنة وذلك ينفي الجواز (مسئلة) فان كان السلف وزنا فقضاه مثل وزنه فهو جائز في مثل ذلك العدد وأقل منه وأكثر لان اعتبار الوزن يبطل اعتبار العدد فتى كان التعامل بالوزن فلا اعتبار بالعدد في قليل ولا كثير وان قضاه أقل من وزنه في مثل عدده أو أقل منه أو أكثر فهو جائز لما ذكرناه من انه لا اعتبار بالعدد في هذا الوجه وان قضاه أكثر من وزنه فان كانت الزيادة يسيرة فقد جوزا بن القاسم الرجحان اليسير وكرهه في الكثير كالعشرين دينارا في المائة وجوزه أشهب في مثل الدينار والدينارين والاردب من الطعام والاردبين وان كان ذلك على غير موعد ولا عادة ووجه تجويز اليسير انه لا يقصد السلف لمثله فتبعد التهمة به وأما الكثير فانه يقصد بالسلف فيمتنع للذريعة وان كانت الزيادة في غير مجلس القضاء حتى ينفصل منه ولا تكون تبعا له فلا بأس بذلك لانها منفصلة من السلف في قضائه فكان له حكم الهبة المبتدأة

(فصل) فان كان القضاء على غير سلف مثل أن يكون من بيع فلا يخلو أن يكون ما ثبت منه في ذمته من ذلك مقدرا بالعدد أو بالوزن فان ثبت مقدرا بالعدد فلا يجوز أن يقضيه وزنا لان العدد معنى قد ثبت به في الذمة ثمن فلا بد من مراعاته كالوزن وان ثبت في ذمته مقدرا بالوزن والعدد جاز أن يعطيه مثل ذلك الوزن على غير ذلك العدد لانه متى اجتمع الوزن والعدد بطل حكم العدد (مسئلة) وان كان ما ثبت في ذمته من ذلك مقدرا بالوزن جاز أن يعطيه أكثر مما ثبت في ذمته من الوزن بخلاف القرض اذا كان مثل صفة ما ثبت له أو أفضل وجاز أن يعطيه أقل وزنا وأدون ولا يجوز أن يعطيه أفضل وزنا وأدون صفة ولا أفضل صفة وأنقص وزنا لما ذكرناه مما يدخله من التفاضل بصورة التشاح والتغابن (مسئلة) فان أراد أن يقضيه عددا فان كان العدد أفضل عيونا ووزنا كالقائمة من المجموعة جاز وان كانت أفضل عيونا وأقل وزنا كالفرادى من المجموعة جاز وان كانت أفضل عيونا وأقل وزنا لم يجز لما قدمناه ص ﴿ مالك انه بلغه عن جده مالك بن أبي عامر أن عثمان بن عفان قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ﴾ ش قوله لا تبيعوا الدينار بالدينارين يحتمل المنع من التفاضل في العدد لما جرت به العادة من التعامل بها عددا ومنع قطعها فكان ذلك منعا من التفاضل فيها على ذلك الوجه لان زيادة دينار آخر قلما يوجد من التفاضل بين الذهبين على هذا الوجه فنص على أقل الزيادة لينبه بذلك على المنع من أكثرها ويحتمل أن يريد به المنع لمن رآه باع دينارا بدينار نخص فعله ذلك بالمنع كما روى أبو سلمة عن أبي سعيد انه قال كنا نبيع تمر الجمع صاعين بصاع فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا صاعي تمر بصاع ولا صاعي حنطة بصاع ولا درهمين بدرهم ص ﴿ مالك عن زيد ابن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الا مثلا بمثل فقال له معاوية ما أرى بمثل هذا بأسا فقال أبو الدرداء من يعذرني من معاوية أنا أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويخبرني عن رأيه لا أساكنك بأرض أنت بها ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فكتب عمر بن الخطاب الى معاوية أن لا تبيع ذلك الا مثلا بمثل وزنا بوزن ﴾ ش ماذهب

وحدثني عن مالك انه بلغه عن جده مالك بن أبي عامر أن عثمان بن عفان قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين * وحدثني عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الا مثلا بمثل فقال له معاوية ما أرى بمثل هذا بأسا فقال أبو الدرداء من يعذرني من معاوية أنا أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويخبرني عن رأيه لا أساكنك بأرض انت بها ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فكتب عمر بن الخطاب الى معاوية أن لا تبيع ذلك الا مثلا بمثل وزنا بوزن

وحدثني عن مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر أن عمر ابن الخطاب قال لاتبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولاتشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا الورق بالورق الامثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك الى أن يلج بيته فلا تنظره انى أخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا * وحدثني عن مالك عن عبدالله بن دينار عن عبدالله بن عمر أن عمر ابن الخطاب قال لاتبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولاتشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا الورق بالورق الامثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا

اليه معاوية من بيع سقاية الذهب بأكثر من وزنها يحتمل أن يرى فى ذلك ما رآه ابن عباس من تجويز التفاضل فى الذهب نقدا ويحتمل أن يكون لا يرى ذلك ولكنه جوز التفاضل بين المصوغ منه وغيره لمعنى الصياغة وقول أبى الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا أنكر عليه فعله من تجويزه التفاضل فى الذهب واحتاج الى الاحتجاج بنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن مثل ذلك لان معاوية من أهل الفقه والاجتهاد فليس لأبى الدرداء صرفه عن رأيه الذى روى الا بدليل وحجة بينة وقد روى ابن أبى مليكة قيل لابن عباس هل لك فى أمير المؤمنين معاوية ما أوتر الا بواحدة قال أصاب انه فقيه

(فصل) وقول معاوية ما أرى بمثل هذا بأسا يحتمل أن يرى القياس مقدما على أخبار الآحاد على ماروى عن مالك وذلك لما يجوز على الراوى من السهو والغلط والصواب تقديم خبر الواحد العدل لان السهو والغلط يجوز فيه على الناظر المجتهد أكثر مما يجوز على الناقل الحافظ النقيه وقد بينت ذلك فى أحكام الفصول ويحتمل أن يرى تقديم أخبار الآحاد الا انه حمل النهى على المضروب بالمضروب دون المصوغ بالمضروب ورأى ان الصياغة معنى زائد يجوز أن يكون عوضا للفضل على حسب مايقول أبو حنيفة فمن باع مائة دينار فى قرطاس بمائتى دينار ان ذلك جائز ويجعل القرطاس عوضا للمائة الأخرى

(فصل) وقول أبى الدرداء من يعذرنى من معاوية أنا أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويخبرنى عن رأيه انكار منه على معاوية التعلق برأى يخالف النص ولم يحمل ذلك من معاوية على التأويل وانما حمله منه على رد الحديث بالرأى اما لانه لم يرد بقوله عن مثل هذا الا المصوغ بالمضروب وفيه نقل النهى فيمتنع التأويل والتخصيص واما لانه حمل قول معاوية ما أرى بمثل هذا بأسا على تجويز التفاضل بين الذهبين فى الجملة دون تفصيل وأما التأويل فلا خلاف فى جوازه وفيما قاله أبو الدرداء تصريح بأن أخبار الآحاد مقدمة على القياس والرأى وقوله لاأساكنك بأرض أنت فيها مبالغة فى الانكار على معاوية واظهار لهجره والبعد عنه حين لم يأخذ بما نقل اليه من نهى النبى صلى الله عليه وسلم ويظهر الرجوع عما خالفه

(فصل) وقوله ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له على معنى رفع ماينكر الى الامام اذا لم يستطع على تغيير المنكر عنده فكتب عمر بن الخطاب الى معاوية أن لايبيع ذلك الاوزنا بوزن على حسب مايجب على الامام من أمر حكامه بالحكم بالحق والتبصير لهم بصواب الأحكام وقوله الاوزنا بوزن يقتضى المنع من الجزاف فى ذلك لان ماحرم فيه التفاضل يحرم فيه الجزاف لانه لايعلم معه التساوى والجهل فالتساوى كالعلم بالتفاضل فى التحريم والمنع من صحة العقد ولا يجوز التحرى فى هذا لما جرت العادة من قلة التسامح بيسيره ولم ينكر عمر رضى الله عنه على معاوية ماراجع به أبو الدرداء لما احتمل من التأويل على ماقدمناه والله أعلم وأحكم ص * مالك عن نافع عن عبدالله ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال لاتبيعوا الذهب بالذهب الامثلا بمثل ولاتشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الامثلا بمثل ولاتشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك الى أن يلج بيته فلاتنظره انى أخاف عليكم الرماء والرماء هو الرباء * مالك عن عبدالله بن دينار عن عبدالله بن عمر ان عمر بن الخطاب قال لاتبيعوا الذهب بالذهب الامثلا بمثل ولاتشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الامثلا بمثل ولاتشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا

شيأ منها غائبا بناجز وان استنظرك الى أن يلج بيته فلا تنظره انى أخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا ﴾ ش قوله ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز منع من تأخر أحد العوضين فى الصرف عن حال النقد وذلك يمنع الاجل فى الصرف والعقد على تأخير قبضه لان الناجز هو ما نجز القبض فيه حال العقد والغائب يصح أن يراد به ما غاب عن المشاهدة حال العقد مثل أن يكون فى كم الصير فى أو فى تابوته ويحتمل أن يريد به ما غاب عن الحضور وقت العقد وهذا هو الأظهر فيه لمقابلته بالناجز ولو أراد المشاهدة لقال ولا تبيعوا منها غائبا بمشاهد وقد كره مالك أن يعقد مع الصير فى على دينار بدراهم فيدفع اليه الدينار فيخلطه بذهبه أو فى تابوته ثم يخرج الدراهم ويترك الدينار حتى يخرج الدراهم ويحضر العينان فهو أبلغ فى المناجزة صورة ومعنى لان أخذ الدينار وتغييبه ثم اخراج الدراهم بعد ذلك ليس على صورة المناجزة بل هى من أفعال التأخير وصفة التبايع فيما لا يراعى فيه التقابض والتناجز (مسئلة) فان تعاقدا الصرف ولم يكن عند أحد منهما ما عقد عليه ثم استسلف أحدهما دينارا والاخر دراهم ولم يفترقا حتى تقابضا لم يجز ذلك لان كل واحد منهما قد عقد الصرف على غائب لم يكن حاضر الصفة فيعقد عليه ولا كان على يقين من امكان ما يقبضه فقد دخل فى العقد على غير ما يقتضيه ويصححه من التناجز والتقابض حال العقد (مسئلة) وان أخرج أحدهما الدينار واستسلف الاخر الدراهم فتناقدا قال أشهب لا يجوز ذلك وقال ابن القاسم ان كان شيأ قريبا كحل الصرة ولا يقوم لذلك ولا يفترقان فلا بأس به وجه قول أشهب ان عقد الصرف قد تناول غائبا والفساد فى أحد العوضين كالفساد فيهما فى ابطال العقد ووجه قول ابن القاسم ان الذى حضر عوضه ولم يحتج أن يستسلف يصح العقد من جهته لانه صارف بناجز وعقد الصرف على أن صاحبه بمثابته فهو يقول لصاحبه انك أردت الاستسلاف لافساد ما انعقد بيننا من الصرف على الصحة فلا أصدقك كما لو أسلفه دنانير ثم ادعى انه قصد الانتفاع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان حلول ما فى الذمة يقوم مقام حضور ما هى مشغولة به والقبض يتنجز فيه بابرائها منه فان كان لرجل على رجل دراهم لم يجز أن يدفع اليه فيها ذهبا قبل الأجل لان ذلك من باب التناجز فى الصرف لان تأجيلها يقوم مقام تأخير القبض فيها الى أجلها ولا بأس اذا حل أجلها والأصل فى ذلك ما روى عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع بالدنانير وآخذ الدراهم فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم قال لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم يفرق بينكما شئ ومن جهة المعنى ان حلول ما فى الذمة بمنزلة حضوره والابراء منه يقوم مقام القبض فيه وذلك يقتضى الجواز ولو كان لرجل على رجل دنانير ولآخر عليه دراهم حالة جاز أن يتطارحاها صرفا لما ذكرنا (مسئلة) والغاصب اذا غصب دنانير ثم لقى صاحبها وقال ان ذهبك فى دارى فصارفه عنها بدراهم روى ابن القاسم عن مالك جواز ذلك لان ما غصب من الذهب متعلق بذمته ويصح قبضه له بالبراءة وهذا القول مبنى على أن الدنانير والدراهم لا تتعين فى الغصب وقد ذكر القاضى أبو الحسن ان هذه رواية عن مالك (مسئلة) وأما الوديعة فهل يجوز ذلك فيها قال ابن القاسم لا يجوز وروى فى كتاب ابن المواز أشهب عن مالك انه جائز وجه الرواية الاولى فى ذلك أن حق المودع متعلق بعين ماله لانه لم يتعلق بذمة غيره فلا يجوز أن يصارف به الا عند حضوره ووجه القول الثانى انه لما كان للمودع التصرف فيها بالاستسلاف ومالكا لذلك لكونها فى يده صح أن يعتقد عند الصرف انه قد استسلفها فتتعلق بذمته ثم يصارف فيها ويجب على هذا أن لا يجوز فى الحلى قولا واحدا (مسئلة) وأما الرهن فقال ابن القاسم لا يجوز ذلك فيه وقال مالك من رواية محمد عنه

شيأ منها غائبا بناجز وان استنظرك الى أن يلج بيته فلا تنظره انى أخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا

ذلك جائز ووجه الرواية الأولى ما قدمناه من تعلق حق الراهن بعين ماله ووجه الرواية الثانية تعلق الرهن بضمان المرتهن ويجيء على هذا التعليل جوازه في العارية والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره يريد المنع من التفرق قبل التناجز بالتقابض وإن قرب فإن تأخر قبض أحد العوضين عن وقت الصرف بطل العقد فيه هذا إذا كان مقتضى العقد فإن العقد مبني على الفساد وإن عرا عن ذلك العقد فاختار ذلك بعد تمام العقد طرأ على العقد الفساد لعدم ما هو شرط في صحته وتمامه بأن طلب أحدهما صاحبه بالتناجز وامتنع منه الآخر حتى احتاجا إلى التفرق والتحاكم (مسئلة) والتأخر اليسير من أحد عوضي الصرف يقوم مقام تأخر جميعه في إبطال العقد وهذا مبني على أن العقد متى بطل بعضه لحق الله تعالى بطل جميعه وذلك بأن تجمع الصفقة حلالا وحراما فإنه يبطل جميعها هذا المشهور من مذهب مالك ورأيت لزياد بن عبد الرحمن الأندلسي رواية عن مالك فيمن سلم مائة دينار في مائة اردب حنطة فقضى فيها خمسين وأخذ خمسين أنه يصح منها ما قضى ثمنه ويبطل ما أخذ ثمنه وهذا يقتضي أنه إنما يبطل من الصفقة ما يختص به الفساد ويصح منها ما عرا عن الفساد وبه قال الشافعي

(فصل) وقوله إني أخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا أصل الربا في كلام العرب الزيادة يقال أربيت على كذا بمعنى زدت عليه فمعنى ذلك أني أخاف عليكم الزيادة في أحد العوضين من جنس واحد في العين والزيادة هي الربا الذي نهى الله تعالى عنه في قوله تعالى وحرم الربا ونهى عنه رسوله صلى الله عليه وسلم ص ﴿ مالك أنه بلغه عن القاسم بن محمد أنه قال قال عمر بن الخطاب الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم والصاع بالصاع ولا يباع كالئ بناجز ﴾ ش قوله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم يريد متساويين وقوله الصاع بالصاع يريد من جنس واحد ولا يباع كالئ بناجز يريد مؤخرا بمعجل ويحتمل أن يريد من الجنس الواحد والجنسين إذا جمعهما علة واحدة في الربا وهذا الذي عليه جمهور الفقهاء وبه قال الشافعي وجوز ذلك أبو حنيفة وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى

ص ﴿ مالك عن أبي الزناد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول لا ربا إلا في ذهب أو فضة أو ما يكال أو يوزن بما يؤكل أو يشرب ﴾ ش قوله لا ربا إلا في ذهب أو فضة يقتضي أن علة الربا فيهما عند ما قدمناه من أنها أصول الأثمان وقيم المتلفات وقوله أو ما يكال أو يوزن بما يؤكل أو يشرب يقتضي أن علة الربا عنده في المطعوم أنه مطعوم مكيل أو موزون فعلى هذا يثبت الربا عنده في الخضر الموزونة والفواكه الرطبة المكيلة فقد تقدم الكلام في ذلك ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول قطع الذهب والورق من الفساد في الأرض ﴾ ش قوله إن قطع الذهب والورق من الفساد في الأرض يريد قطع الدنانير الصحاح والدراهم الصحاح من الفساد في الأرض وذلك على ضربين أحدهما أن يقطعها ليبيعها مقطعة فإنه من الفساد لأنه يتسبب إلى إدخال الغش في الذهب والورق لأنه إذا قطعت صغارا أدخل بينها المغشوش وتسامح الناس بإنفاق اليسير منه في الجملة وخفي على كثير من الناس تمييزه من غيره والضرب الثاني قرضها في البلد الذي يجري فيه عددا لينفقها عددا فيبقى عنده ما قرض منها حبة من كل مثقال فيستعمل ذلك فهذا لا يجوز لأنه من الغش ووجه ذلك أن الذي يأخذ منه إنما يأخذه على أنه وازن ولا فرق بين أن يغش بنقصه أو يغش بإدخال الداخل في جودته وقد قال الشيخ أبو إسحق يؤدب كاسر الدنانير والدراهم قال الله تعالى قالوا يا شعيب أصلاتك تأمرك أن نترك ما يعبد آباؤنا أو أن نفعل في أموالنا ما نشاء

* وحدثني عن مالك أنه بلغه عن القاسم بن محمد أنه قال قال عمر بن الخطاب الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم والصاع بالصاع ولا يباع كالئ بناجز * وحدثني عن مالك عن أبي الزناد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول لا ربا إلا في ذهب أو فضة أو ما يكال أو يوزن بما يؤكل أو يشرب * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول قطع الذهب والورق من الفساد في الأرض

قال كانوا يكسرون الدنانير والدراهم وقال سعيد بن المسيب هو من الفساد فى الارض ولذلك قطع عبدالله بن الزبير وعمر بن عبد العزيز يد من فعل ذلك وذلك غير لازم لانه خيانة وغش فلم يجب فيه قطع كسائر ما يغش فيه من الأعواض (مسئلة) وهذا فى الدنانير الصحاح والدراهم الصحاح فأما ماقدم قطعه فهل يمنع من قطعه أم لا كرهه مالك وقال ابن القاسم كل مالا يقع عليه اسم درهم فلا بأس بقطعه وقال أصبغ كل ماليس بمدور فلا بأس أن يقطع منه وجه قول مالك ان القرض الكثير أقرب الى الميز وأبعد من الغش من القرض الصغير (مسئلة) اذا ثبت ذلك فبالناس حاجة الى التبايع بكسور الدنانير والدراهم فمن ابتاع بكسر دينار أو درهم فى موضع الصحاح فلا يخلوا أن يكون دينارا يستثنى منه جزأ من الذهب أو جزأ من الورق فان كان المستثنى جزأ من الذهب فقد قال ابن المواز فيمن اشترى بعشرين قيراطا من ذهب أو بمثقال غير ربع مثقال انه يقضى عليه بالدراهم وتحرير ذلك عندى ان ماجرت العادة أن ينقص من الدينار الصحيح غالبا ويوجد على ذلك الوزن كثيرا كالقيراط والقيراطين فانه يقضى عليه بالدينار ومالم تجر العادة بنقصه من الدينار الصحيح الا نادرا واذا نقص منه خرج الى حد المجموعة لم يقض عليه فيه الا بالدراهم لانه ان قضى عليه بالدينار الصحيح كلف من هو عليه مايتعذر وجوده أو كلف من هو له أن يأخذ مقطوعا وفى ذلك ترك بعض حقه ولو وقعت المبايعة بدينار الا سدسا الى أجل جاز ذلك وقضى عليه عند انقضاء الأجل بالدراهم (فرع) ولو تبرع من هو عليه بأداء دينار ليبقى له سدس من دينار ورضى بذلك القابض جاز ذلك لانه تبرع بسلف سدس دينار وقد روى ابن القاسم عن مالك انه توقف فى ذلك بعد أن قال لا يعجبنى (مسئلة) ولو كان الجزء المستثنى ورقا فلا يخلوا أن يكون حالا أو الى أجل فان كان حالا جاز ذلك فى أقل من دينار وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى وان كان الى أجل لم يخل أن يكون جزأ يسيرا أو كثيرا فان كان كثيرا لم يجز جملة وان كان يسيرا لم يخل من أن يختلف الدينار والدرهم فى التعجيل والتأجيل أو يتفقا فى ذلك فان اختلفا مثل أن يتعجل الدينار والسلعة ويتأجل الدرهم أو تتعجل السلعة والدرهم ويتأجل الدينار أو تتعجل السلعة مع أحدهما ويتعجل الآخر مفردا فهذه الأوجه المشهور من المذهب منعها وقد روى ابن المواز عن ابن عبد الحكم عن مالك اجازة تعجيل الدينار وتأخير السلعة والدرهم وروى ابن القاسم عن مالك انه رجع عنه ومعنى رواية ابن عبد الحكم ان الصرف اليسير الذى هو تبع للبيع له حكم البيع فى التعجيل والتأجيل كما أن البيع اليسير الذى هو تبع للصرف له حكم الصرف وهذا خلاف مارواه ابن القاسم فى المدونة ان الفضة اليسيرة مع السلعة بالذهب لا يكون صرفا قلتها لا يصلح التأخير فيها فى قول مالك ووجه ذلك تغليب الحظر على الاباحة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وان اتفقا فى التقديم أو التأخير فلا يخلوا أن يتعجل الدينار والدرهم وتتأجل السلعة أو تتعجل السلعة ويتأجل الدينار والدرهم فان تعجل الدينار والدرهم وتأجلت السلعة فقد روى ابن القاسم عن مالك لا يجوز وروى أشهب وابن عبد الحكم عن مالك هو جائز وجه رواية أشهب ان التناقد وجب بالدينار والدرهم فلم تمتنع مخالفة الثوب لهما من الجواز كما لو تعجل الثوب وتأجل الدينار والدرهم الى أجل واحد (مسئلة) وان تعجلت السلعة وتأجل الدينار والدرهم الى أجل واحد فقد قال ابن المواز لم يختلف أصحابنا فى اجازته والفرق بين هذه المسئلة وبين التى قبلها على مذهب ابن القاسم انه اذا تعجل الدينار والدرهم وتأخرت السلعة فقد وجد الصرف بينهما وكمل فوجب أن يتعجل مامعهما من

ثوب أو غيره فاذا لم يتعجل بطل ذلك كله لتأخر القبض فى بعض أعواض الصرف وأما اذا تعجلت السلعة وتأجل الدينار والدرهم فان ذمة بائع الثوب ليست بمشغولة بدرهم ولا غيره وذمة مشترى الثوب مشغولة بدينار غير قدر الدرهم فليس بينهما صرف وانما هو بيع ثوب بدينار غير هذا المقدار من الدينار فتأخر العوضين فيه لا يمنع صحة العقد وهذا المعنى لم يجز أن يقدر النقص بدراهم كثيرة يختلف بها قدر ما ينقص الدينار عند الأجل لاختلاف الأسواق اختلافا كثيرا وانما يجوز ذلك فى الدرهم والدرهمين لقلة ما يؤثر اختلاف الأسواق بهذا المقدار فى الدينار (فرع) وكم قدر اليسير الذى يجوز من ذلك قال فى المدونة يجوز فى الدرهم والدرهمين ومنعه فى الثلاثة وقال لا خير فيه وقد أجازه مالك فى المختصر الكبير فى الثلاثة الدراهم وقال الشيخ أبو بكر يجوز ذلك فيما بينه وبين ثلث دينار لانه فى ذلك يكون تبعا وأصل هذه المسئلة انه اذا استثنى جزأ من الذهب فقد يستثنيه بلفظ الذهب وان كان يسيرا قضى عن المبتاع بالذهب وان كان المستثنى كثيرا مثل أن يشترى سلعة بدينار الا سدسا أو الا خمسا لم يقض عليه الا بالدراهم لما تقدم (فرع) ولو باع رجل ثوبا بنصف دينار الى أجل ثم باعه بعد ذلك سلعة بنصف دينار الى ذلك الأجل على أن يدفع اليه دينارا عند الأجل فقد قال مالك فى الموازية لا يعجبنى ذلك ولو لم يشترط ذلك فأراد المبتاع أن يدفع اليه صرف نصفين عند الأجل لم يكن له ذلك ويجبر على أن يدفع اليه دينارا قال ابن القاسم على ما أحب أو كره وهذا عندى فيه نظر لانه اذا كان يجبر عند الأجل على دفع الدينار ان اختار ذلك البائع فلا يضر اشتراط ما هو من مقتضى تعاملهما ويجبر عليه من أباه منهما والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان اشترط ذلك بلفظ الورق فقد اشترط البائع على المبتاع الذهب ويرد هو عليه المستثنى ولا يلزم على هذا أن يعتبر بسعر الدرهم حين العقد لانه لا يمتنع أن يكون الاعتبار بالمستثنى بالمبلغ ويراعى تأثيره فى المال المستثنى منه كالمكيل يستثنى من الصبرة أو ثمرة الحائط وهذا يدل على رواية أشهب وما نحا اليه ابن القاسم فى روايته عن مالك وأما على رواية ابن المواز فى قوله ان الاعتبار بمقدار الدراهم حين العقد دون وقت الاقتضاء وانما جاز ذلك فى القليل دون الكثير لان صحيح الدينار هو ما ينقص منه القيراط والاثنان والثلاثة وما ينقص منه أربعة قراريط وخمسة فهو من جملة المجموعة وكذلك من باع بمثقال غير سدس قضى له بالدراهم ومن باع بمثقال غير قيراط قضى له بالدينار فانما يجوز من الاستثناء بالدراهم ما لم تتغير نسبة الدينار لانه اذا باع بمثقال الا درهما أو الا درهمين فقد باع بدينار صحيح لانه بمنزلة أن يبيع بدينار غير قيراطين وهو من جملة الصحيح فلم يكن للاستثناء تأثير فى تغير صفة الدينار واذا باع بدينار الا خمسة دراهم فقد باع بدينار صحيح ولو استثنى بلفظ الدراهم لأخذ مجموعا لانه بمنزلة أن يبيع بدينار غير ربع دينار وذلك ينفى أن يكون صحيحا ويجعله من جملة المجموع فكان للاستثناء بالدراهم تأثير فى تغير صفة الدينار فدخل بذلك فى حكم الصرف الذى لا يجوز فيه التأخير (فرع) فاذا قلنا بالمشهور من المذهب انه لا يجوز الا فى الدرهم والدرهمين فلو باع رجل مائة ثوب كل ثوب بمائة دينار الا درهما فهل يجوز أن يكتب عليه مائة دينار الا مائة درهم فى العتبية من رواية أشهب أن ذلك جائز ولا يصلح أن يحمل عليه دينار يكتب عليه الى أجل وفى كتاب ابن المواز لا يجوز ذلك الا أن يقوم الدينار قبل أن يفترقا وجه الرواية الاولى أن هذه الرواية مبنية على أن المراعى فى الصرف يوم القضاء دون وقت العقد وذلك غير معلوم قبل أوانه ووجه الرواية الثانية ما احتج به ابن المواز من أنه اذا حان الاجل فدفع اليه مائة دينار وأخذ مائة درهم فهو صرف مستأخر عن العقد

* قال مالك ولا بأس أن يشترى الرجل الذهب بالفضة والفضة بالذهب جزافا اذا كان تبرا أو حليا قد صيغ فأما الدراهم المعدودة والدنانير المعدودة فلا ينبغي لأحد أن يشترى شيأ من ذلك جزافا حتى يعلم ويعد فان اشترى ذلك جزافا فانما يراد به الغرر حين يترك عده ويشترى جزافا وليس هذا من بيوع المسلمين فأما ما كان يوزن من التبر والحلى فلا بأس أن يباع ذلك جزافا وانما ابتياع ذلك جزافا كهيئة الحنطة والتمر ونحوهما من الأطعمة التى تباع جزافا ومثلها يكال فليس بابتياع ذلك جزافا بأس

وهذا القول مبنى على مراعاة مقدار الدرهم من الدينار يوم العقد وقد روى ابن المواز فى هذه المسئلة وجهين آخرين أحدهما يجوز نقدا ولا يجوز الى أجل والثانى لا يجوز نقدا ولا الى أجل فأما منعه بالاجل فانهما ان قوما الدراهم بالذهب حين العقد دخله من الفساد ما تقدم بما احتج به لرواية أشهب وان أخرا ذلك دخله من الفساد ما احتج به ابن المواز ووجه منع ذلك فى النقد أيضا ما يدخله من البيع والصرف فى الكثير من كل واحد منهما لأن الدراهم اذا كثرت كثرة درهما من الدينار واختلف ذلك الى الأجل فاختلاف أسواقها مؤثر فى قدر الناقص من الدينار جهالة (فرع) ولو باعه ثوبا بخمسة دنانير الا درهما فدفع اليه أربعة دنانير وأخره حتى يدفع اليه دينارا ويأخذ منه درهما أو دفع اليه دينارا وأخذ منه درهما واحدا بأربعة دنانير حتى يقبضه اياها لم يجز ولو باعه سلعة بخمسة دنانير الا ربع دينار أو سدس دينار فنقده أربعة دنانير حتى يأتيه بالربع دينار ويدفع اليه الدينار أو دفع اليه الدينار وقبض منه ربع دينار وبقيت أربعة دنانير فقد قال ابن القاسم عن مالك انه يجوز (فرق) والفرق بين المسئلتين أنه اذا باعه بخمسة دنانير الا درهما فان نقص الدينار الخامس انما يتقدر بغير جنسه وبه يتحقق دون جنس الدينار لأنه لو رام تقديره بجنس الدينار لم يصح ذلك الا بعد تقويم ويدخله النقص والزيادة والتجاوز فلزم بذلك دفع الدراهم وقبض الدينار فأشبه العوض ووجب أن يراعى فيه ما يراعى فى الصرف اذا ثبت للعقد حكم الصرف ووجه آخر وهو أنه لا يصح أن يكون له حقيقة الاستثناء من الجنس لأنه لا يجوز عند بعض أصحابنا الاستثناء من غير الجنس واذا قلنا بجوازه على مشهور قول الجمهور من أصحابنا فانه لا ينقص به عدد المستثنى منه فانما يرجع الى أن له حكما وأما اذا باعه الثوب بخمسة دنانير غير ربع دينار فانما يتقدر النقص من الدينار الخامس بجنسه فلا يلزم بائع الثوب دفع ربع الدينار ولا يحتاج فى تحقيق النقص به الى تقويم فلم يكن للربع الذى ينقص من الدينار حكم العوض ولا له تعلق به وانما له حكم المستثنى بمنزلة ما لو قال بعتك هذا الثوب بخمسة دنانير الا دينارا فدفع اليه ثلاثة دنانير وأخذ دينارا فلا خلاف فى جواز ذلك والله أعلم ص * قال مالك ولا بأس أن يشترى الرجل الذهب بالفضة والفضة بالذهب جزافا اذا كان تبرا أو حليا قد صيغ فأما الدراهم المعدودة والدنانير المعدودة فلا ينبغى لأحد أن يشترى شيأ من ذلك جزافا حتى يعلم ويعد فان اشترى ذلك جزافا فانما يراد به الغرر حين يترك عدده ويشترى جزافا وليس هذا من بيوع المسلمين فأما ما كان يوزن من التبر والحلى فلا بأس أن يباع ذلك جزافا وانما ابتياع ذلك جزافا كهيئة الحنطة والتمر ونحوهما من الاطعمة التى تباع جزافا ومثلها يكال فليس بابتياع ذلك جزافا بأس * ش وهذا كما قال انه لا يجوز بيع الدنانير والدراهم جزافا وان كان يجوز أن يباع تبر الذهب والفضة جزافا وقد اختلف أصحابنا المتأخرون فى تأويل قول مالك فى ذلك فقال محمد بن مسلمة ان كان معدودا مما له قدر وقيمة كثيرة فانه لا يجوز فيه الجزاف كالحيوان والثياب وانما يجوز الجزاف من ذلك فيما لا قدر له كالقثاء والجوز والبطيخ وصغار الحيتان وما قاله ينتقض بصبر الحنطة وجزاف التبر والحلى والمسك وأيضا فان الدراهم ليست بمعدودة وانما هى موزونة وذهب القاضى أبو الحسن وعدة من أصحابنا الى أن ذلك على الكراهية وتحتاج الكراهة الى دليل كما يحتاج اليه التحريم وقال الشيخ أبو بكر والقاضى أبو محمد هو على التحريم وعلل ذلك بأن هذا بحيث يحرم الدنانير والدراهم عددا فيرغب فى الخفاف لانه يدخل فى المائة بالوزن منها مائة وعشرة عددا وتنفق مفردة فتجوز بجواز الوازنة وينفق منها الواحد فى

الجملة فيرغب الناس في خفافها لهذا المعنى فاذا بيعت جزافا دخله الغرر من وجهين أحدهما من جهة المبلغ في الوزن والثاني من جهة المبلغ في العدد فلم يجز ذلك لكثرة الغرر وأما الجزاف في سائر المكيلات والموزونات فانما يدخل الغرر فيه من وجه واحد وهو المبلغ في الكيل أو الوزن فلما قل الغرر فيها جاز وهذا الذي قاله يقتضي جوازها جزافا بحيث لا يجوز عددا ولا يجوز الا بالوزن خاصة والمسئلة عندي مبنية على قول مالك ان الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد وقد اختلف في هذا الاصل قول ابن القاسم وأشهب فقال ابن القاسم في السلم الثاني فيمن شرط في الاقالة عين دراهمه وهي موجودة حاضرة أنه لا يستحق اعيانها وللمسلم اليه أن يدفع اليه غيرها وقال في كراء الرواحل ومن اكترى راحلة بدراهم باعيانها ولم يكن العرف النقد ولا اشترطه لا يجوز ذلك الا ان يشترط انها ان تلفت أعطاه غيرها وهذا يقتضي تعيينها وقال أشهب ذلك جائز وعليه أن يأتي بغيرها وهذا ينفي التعيين وقال الشافعي تتعين بالعقد والدليل على انها لا تتعين بالعقد قوله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة قال الفراء الثمن ما ثبت في الذمة والفراء امام في اللغة فاذا ثبت أن الثمن في كلام العرب ما ثبت في الذمة كان هذا الاسم منطلقا على هذا الجنس من المال ويختص به اقتضى ذلك أن لا تتعين لأنه متعلق بالذمة ودليلنا من جهة القياس انه ثمن وجب أن يثبت في الذمة أصله اذا أطلق العقد (فرع) اذا ثبت ذلك فان قلنا ان الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد فانه لا يجوز بيعها جزافا لان العقد عليها انما يتناول ما في الذمة والجزاف لا يصلح أن يثبت في الذمة بعقد وانما يثبت منه المقدر بكيل أو وزن أو عدد ألا ترى ان ما يجوز فيه الجزاف من القمح والشعير والكحل والحرير لا يصلح أن يثبت في الذمة منه الجزاف وانما يثبت منه في الذمة المقدر بالكيل والوزن وان قلنا ان الدنانير والدراهم تتعين بالعقد فانه يجوز بيعها جزافا كسائر الموزون والمكيل الذي يتعين بالعقد ولذلك يجوز أن يباع تبره ومصوغه جزافا لما كان يتعين بالعقد فلا خلاف في ذلك (فصل) وقوله فان اشترى ذلك جزافا فانما اراد به الغرر يحتمل أن يريد به ان ما يشير اليه من الجزاف انما استحق فيجب عليه مثله ولا يعلم كم وزنه فيكون المبيع مجهولا لا يتقدر بكيل ولا وزن ولا عدد وهو من أعظم الغرر والخطر

(فصل) وقوله فاما ما يوزن من التبر والحلي فلا بأس ببيعه جزافا كالحنطة والتمر وغير ذلك مما يكال تعلق الشيخ أبو بكر والقاضي أبو محمد بظاهر هذا في منعهما ذلك في الدنانير والدراهم لكونهما معدودين وتجويزهما ذلك في التبر والحلي لان العدد لا يتأتى منهما وانما يعتبران بالوزن وعلى هذا يجب أن يجوز الجزاف في المقطوع من الدنانير والدراهم التي لا يجوز فيها العدد ويجوز ذلك في صحاحها بحيث لا يتقدر بالعدد والقول الاول أظهر والله أعلم ص ﴿ قال مالك من اشترى مصحفا أو سيفا أو خاتما أو في شيء من ذلك ذهب أو فضة بدنانير أو دراهم فان ما اشترى من ذلك وفيه الذهب بدنانير فانه ينظر الى قيمته فان كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولا يكون فيه تأخير وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظر الى قيمته فان كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الورق الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا ﴾ ش وهذا كما قال ان من اشترى مصحفا أو سيفا أو خاتما أو في شيء من ذلك ذهب أو فضة بجنس ما هو حلي به فانه يجوز ذلك بثلاثة شروط أحدها أن يكون ذلك النوع من الحلي مباحا في الشرع استعماله واتخاذه كالسيف والمصحف وخاتم الرجل يكون فيه حلية الفضة

* قال مالك من اشترى مصحفا أو سيفا أو خاتما أو في شيء من ذلك ذهب أو فضة بدنانير أو دراهم فان ما اشترى من ذلك وفيه ذهب بدنانير فانه ينظر الى قيمته فان كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولا يكون فيه تأخير وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظر الى قيمته فان كان قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الورق الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا

وحلى النساء يكون فيه الذهب والفضة فهـذا لا خلاف فيه انه مباح اتخاذه والأصل فى ذلك ما روى حميد عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم كان خاتمه من فضة وكان فصه منه وأما المصحف والسيف والخاتم للرجال محلى شئ منه بالذهب فان ظاهر هذا اللفظ يقتضى اباحة ذلك فى المصحف والسيف وقد أشار الى ذلك فى الخاتم ويحتمل أن يريد به خاتم النساء وعلى ذلك اختصره الشيخ أبو محمد وفى العتبية من رواية سماع ابن القاسم عن مالك انه كره أن يجعل فى خاتمه مسمار ذهب أو يخيط بقبضته منه حبة أو حبتين لئلا يصدأ وهذا أخف من اتخاذه من محض الذهب وقال ابن حبيب لا يجوز شئ من الذهب فى حلى الرجال فعلى القول الاول يجوز فى حلى السيف والمصحف ويجوز ذلك فى حلى النساء وخواتمهم ولا يجوز فى خواتم الرجال والدليل على بيعه فى خواتم الرجال ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن التختم بالذهب ومن جهة المعنى ان السيف والمصحف مما يختص بالرجال فلذلك جاز أن يحلى بالذهب لانه ليس فى التحلى به مشاركة للنساء ولا مساواة لهن فى باب التحلى به وأما الخاتم فانه مما يتحلى به النساء كما يتحلى به الرجال فمنع الرجال من الذهب وأبيح للنساء لان باب التحلى مبنى على نفى المساواة وأما المصحف فليس من باب التحلى بل بابه ممنوع وهو اتخاذ الذهب والفضة فيما يستعمل مما ليس يحلى للجسد وذلك كله ممنوع للرجال والنساء كأوانى الذهب والفضة والمكاحل والمجامر والمداهن منه ما يخص المصحف لتعظيم أمره كما فى مفاتيح الكعبة والكسوة دون سائر البيوت على سبيل التعظيم وذلك لا يقال فيه انه من حلى الرجال ولا من حلى النساء وانما هو من حلى المصحف فاستوى فى ذلك الرجال والنساء والله أعلم وسنذكر حكم ذلك باوعب من هذا فى باب الجامع ان شاء الله تعالى وقد أضاف الى ذلك ابن حبيب المناطق والاسلحة كلها اذا كانت مفضضة فهى كالسيف فى ذلك

(فصل) والشرط الثانى أن يكون ما فيه من الذهب أو الفضة تبعا لقيمة الحلى وبما تكون الموازنة من الحلى بقيمته أو وزن ما فيه الظاهر من المذهب أن الموازنة بوزن الحلى وقيمة الحلى وقد رأيته نصا لبعض شيوخ القرويين ولفظ الموطأ ثابت فان كان قيمة ذلك الثلث وقيمة ما فيه من الذهب الثلثين فهذا يقتضى اعتبار قيمة الحلى دون وزنه فان لم يكن تجوزا فى عبارة فهذا خلاف ما قدمناه والصواب فى ذلك الاعتبار بالوزن لان كل حكم يعتبر فى تحليل بيع الذهب وتحريمه فانما يعتبر فيه بوزنه دون قيمته كالتساوى والتفاضل (مسئلة) وكم المقدار الذى اذا بلغه كان تبعا واذا تجاوزه لم يكن تبعا لم يختلف أصحابنا فى النص على هذه المسئلة فى ان الثلث ومادونه فى حكم التبع وان ما زاد على ذلك فليس بتبع وفى العتبية من سماع أشهب عن مالك فيمن أعطى درهما وأخذ نصفه درهما صغيرا قد كنا نكرهه ونحن نجيزه الآن فعلى هذه الرواية يجب أن يكون التبع النصف فاقل وبالزيادة على النصف يخرج عن حد التبع لان المجوز فى الموضعين انما هو لمعنى الضرورة ومن أصحابنا العراقيين من يذهب الى أن النصف فى حيز القليل وتعلق فى ذلك بقوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه وان النصف بدل من القليل

(فصل) وأما الشرط الثالث فان يكون الحلى مرتبطا بالمحلى ارتباطا فى ازالته مضرة فلا يقدر على ازالته من المبيع وتمييزه الا بمضرة لاحقة فاما ما كان فى نقصه كسر لصياغته كالفصوص المصوغ عليها الحلى والمصاحف التى فيها مسامر الفضة وحلية السيف التى تسمر فى حمائله وجعبته فهذا مما يبيع ما ذكرناه وأما ان كان من القلائد التى لا يفسد غير نظمها بتمييز قلائدها فالظاهر من المذهب انه لا تأثير

لها في الاباحة و به قال ابن حبيب وقد تقدم ذكر الخلاف فيه في كتاب الزكاة (مسئلة) اذا كملت هذه الشروط الثلاثة جاز ان يباع المحلى فيه بجنس ما فيه من الحلى فان كان محلى بفضة جاز بيعه بالفضة وان كان محلى بذهب جاز بيعه به وان انخرم شرط من ذلك لم يجز

(فصل) وقوله يدا بيد يقتضي التناجز ومنع دخول التأخير في ذلك بجنسه الى أجل فالمشهور من المذهب منعه رواه ابن القاسم عن مالك خلافا لربيعة في تجويزه والدليل على مانقوله ان للاجل من التأثير في الفساد ماليس للتفاضل بدليل انه يجوز التفاضل بين الجنسين ولا يجوز بينهما النساء فلذلك أثر في جواز البيع ولم يؤثر في الاجل (مسئلة) وأما ان كان في المحلى ذهب وفضة هما تبع لما هما فيه من المحلى فقد روى ابن حبيب له بيعه بكل واحد منهما وروى ابن القاسم عن مالك في كتاب ابن المواز ما حلى بذهب وفضة فليبع بأقلهما ان كان الثلث فدون يدا بيد وان كان نقارا يابيع بالعرض ثم رجع مالك فقال لا يباع بذهب ولا ورق و به أخذ ابن القاسم وأخذ ابن عبد الحكم بالقول الاول وقد أشار في هذه المسئلة بقوله ما حلى بذهب أوفضة سيف أو غيره من حلى النساء مما يجتمع فيه الامران أن فيه قولين أحدهما يباع بالتبع ووجهه أن بيعه بنصفه مع تحريم التفاضل يجوز فبأن يجوز بغير صنفه مع تجويز التفاضل أولى أن يجوز والقول الثاني لا يجوز لانه يجتمع فيه أمران من المكروه أحدهما بيع العين بجنسه متفاضلا والثاني اجتماع البيع والصرف في عقد واحد (فرع) فاذا قلنا بالجواز فقد قال ابن حبيب ان كان تبعا جاز بيعه بذهب أو بورق فيجوز بيعه بكل واحد منهما اذا كان كل واحد منهما تبعا للمحلى والمفهوم من رواية ابن القاسم عن مالك انه راعى بعد كونهما تبعا للمحلى أن يكون أحدهما تبعا للآخر فتكون العين تبعا للمبيع والقليل منهما تبعا للكثير فاذا بيع بأقلهما صار الى حكم الصرف مع التبع على وجه البيع قال ابن حبيب وان كان أحدهما تبعا والآخر أكثر من المبيع بيع بالتبع ولا يباع بالآخر وان تجاوز التبع لم يبع الا بعرض (مسئلة) وأما بيعه بغير صنفه فقد قال ابن حبيب ذلك جائز ونص عليه غيره من أصحابنا وقد نص مالك على أنه لا يجوز بيع وصرف في عقد واحد قال ابن حبيب وقد استخف ذلك بعض أصحاب مالك فوجه المنع انهما عقدان مقتضى أحدهما غير مقتضى الآخر فلم يجز أن يجتمعا في عقد واحد كالبيع وذلك أن مقتضى الصرف أن عدم التناجز في المجلس يفسده والبيع لا يفسد بذلك كما أن القراض لا يجوز أن ينعقد لازما والبيع يجوز أن ينعقد لازما فلم يجز أن يجتمعا في عقد واحد ووجه رواية الاباحة أنهما عقدان لازمان لا يتنافيان لان التناجز من لازم الصرف فانه لا يبطل البيع فجاز أن ينعقد على الوجه الذي يصحان عليه (فرع) فاذا قلنا برواية المنع وهي الأشهر فان ذلك على ضربين أحدهما أن يكون التبع ملصقا بالمبيع لا يمكن ازالته الا بضرر فانه يجوز بيعه بغير جنسه من العين وان لم يكن تبعا للمبيع وعندي أنه يجوز أن يكون الحلى غير مباح الاتخاذ ووجه ذلك ان هذه المعاني يبيح بها العلم بجنسه والتفاضل يحرم فبهافبأن يبيح بيعه بغير جنسه مع اباحة التفاضل أولى (مسئلة) فاذا قلنا بمنع الصرف والبيع في عقد فان ذلك يمنع اذا كان كل واحد منهما مقصودا في نفسه فان وقع فقد قال عيسى يرد مالم تفت السلعة فان فاتت لزمت المبتاع قيمتها وترادا العين فان كان أحدهما غير مقصود بقيمته فلا بأس لان الضرورة تدعو اليه في بعض الدنانير مثل أن يبيعه سلعة بدينار غير ربع بحيث لا يوجد الا الصحاح فيعطيه بالربع دينار دراهم وذلك انه لما اتفق حكمهما من وجه وهو انه يجوز تعجيلهما واختلف من وجه وهو أنه لا يجوز تأجيلهما و يجوز تأجيل أحدهما

لم ينعقد عليهما عقد الا بشرطين أحدهما أن يشملهما التعجيل والثاني أن يكون تبعا للآخر وقد بينته في شرح المدونة وما يلحق به من بيع الطعام بالطعام مع أحدهما عرض (مسئلة) وكم المقدار الذي يجوز من الصرف مع البيع قال في المدونة يجوز الصرف مع البيع في اليسير العشرة دراهم ونحوها ولا يجوز ذلك في الكثير فيجري في هذا مسئلتان احداهما انه يجوز في الدينار الواحد وان لم يكن أحد الأمرين تبعا للآخر لانه قال في المدونة في الذي يبيع الدينار بعشرين درهما يأخذ عشرة دراهم ويأخذ بعشرة دراهم ان ذلك جائز ان تعجل وروى ابن المواز عن ابن القاسم انما يجوز ذلك في أقل الدينار والربع والثلث المسئلة الثانية أن يكون الصرف يشتمل على دينار فانه لا يجوز أن يكون معه من التبع الا اليسير أو يكون البيع بثمن كثير فلا يجوز أن يكون معه من الصرف الا اليسير وقد قال ابن حبيب ان ذلك جائز اذا كان أقل من الدينار وذلك اذا كان الحكم للتبع فيكون منه للصرف أقل من دينار فان بلغ الدينار لم يجز وهذا مبني على أن ذلك مباح لضرورة صحة الدنانير والحاجة الى أن يزداد في الثمن مقدار الدينار يجب على هذا قصر هذا الحكم على بلد لا يجري فيه الا الصحيح وقد قال بعض فقهاء الصقليين ان الرباعي الذي يبتاع به عندهم يجري مجرى الدينار الصحيح وأما ان كان الحكم للصرف والسلعة تبع فكم اليسير منها حكى عن أبي موسى بن مناس ان ذلك أن يكون ثمنها أقل من دينار دون تحديد

﴿ ماجاء في الصرف ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن مالك بن أوس بن الحدثان النصري انه التمس صرفا بمائة دينار قال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى يأتيني خازني من الغابة وعمر بن الخطاب يسمع فقال عمر والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء ﴾ ش قوله انه التمس صرفا بمائة دينار دليل على تجويز عوض الدينار ومراوضة متبايعهما في صرفهما واحدا بعد واحد طلبا للزيادة أو معرفة ما يستقر عليه العطاء وقوله فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا يقتضي جواز المصارفة لمن لم يتخذ ذلك متجرا وأما من اتخذ ذلك متجرا أو صناعة فقد كرهه جماعة من السلف قال مالك في العتبية أكره للرجل أن يعمل بالصرف الا أن يتقي الله تعالى يريد انهما تساويا فيه حتى عقدا الصرف فأخذ طلحة بن عبيد الله الذهب يقلبها ليعلم جودتها ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة يريد أن يؤخر ذلك الى أن يأتيه خازنه من الغابة ويحتمل أن يريد به تأخير الدراهم خاصة ويقبض هو الدنانير ويحتمل أن يريد به اقرار الدنانير بيد مالكها حتى يأتي خازنه من الغابة فيتقابضا يدا بيد فقال عمر بن الخطاب حين سمع ذلك والله لا تفارقه حتى تأخذ منه يريد لا تفارقه وبينكما عقد حتى ينتجز ما بينكما من التقابض ثم احتج لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وحمل ذلك على أن التقابض فيه يجب أن يكون مع الايجاب والقبول لا يتأخر عنهما بل يقترن بهما لان عقد كل واحد منهما يقتضي الاشارة الى ما بيده من العوض بقوله هاء ولذلك فهم منه عمر وهو من أهل اللسان تعجيل التقابض فأما التفرق قبل القبض فلا خلاف بين الفقهاء نعلمه في انه يفسد العقد والدليل على ذلك ما احتج به عمر وما جوزه طلحة بن عبد الله فتركه التأويل والمراجعة

﴿ ماجاء في الصرف ﴾
* حدثني يحيي عن مالك عن ابن شهاب عن مالك ابن أوس بن الحدثان النصري أنه التمس صرفا بمائة دينار قال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى يأتيني خازني من الغابة وعمر بن الخطاب يسمع فقال عمر والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء

لعمر رضي الله عنهما دليل على رجوعه عنه (مسئلة) فان استأذن الصراف بعد العقد في أن يذهب بها الى صراف قريب منه يريه اياها او يزنها عنده أو عقد معه الصرف على ذلك ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك أن ذلك جائز فيما قرب ومعنى ذلك أن يكونا لقربهما في حكم المتجالسين وأما ان تباعد ذلك حتى يرى انه افتراق من المتصارفين فلا يجوز ذلك وهو يفسد العقد (مسئلة) فان استوجب رجل سوارى ذهب بمائة درهم على أن يذهب بهما فان رضيهما أهله رجع بهما فاستوجبهما منه والا ردهما روى ابن المواز عن مالك ان ذلك جائز وقال غير ذلك من قول مالك أحب الينا أن نأخذها من غير ايجاب وجه القول الأول اثبات الخيار في الصرف وهو قول شاذ وجوز التأخير فيه بعد عقده على النقد وهو أيضا بعيد ويحتمل أن يريد به المواعدة في الصرف وتقرير الثمن دون عقد ولذلك قال انه ان رضيهما أهله رجع فاستوجبهما منه فذكر أن الايجاب لم يوجد بعد وانما كان ذلك على سبيل تقرير الثمن ومعرفة ما يتبع الصرف ان رضيها أهله لما كلف الطلب ومعرفة الثمن فلم يجعل اليه عقد والله أعلم ووجه القول الثاني أن الصرف ينافي الخيار وهو المشهور عن مالك لانه مبني على المناجزة والنقد في المجلس والخيار لا يكون الا فيما يدخله التأخير لانه انما يكون في مدة تتأخر عن حال العقد (مسئلة) ولو بيع حلي في تركة فابتاع أحد الورثة بعضه بقدر حصته فأراد أن يكتب عليه حتى يتقاصا به مما له في الميراث فان ذلك غير جائز الا أن يجز القسمة في المجلس بأثر الابتياع لان شراءه ليس بقسمة متجزة لانه لو ذهب سائر الميراث لرجع عليه فيما بيده فلما لم يتنجز القبض فيه دخله التأخير في الصرف فأبطله ولو قال مبتاع الحلي أمسك ثمن حصتي منه وارفع الباقي ففي العتبية وكتاب محمد عن مالك جواز ذلك وقال بأثرها في كتاب محمد خالف ابن القاسم مالكا في هذه المسئلة وجه قول مالك ان المفاصلة وقعت في هذا الحلي المبيع بامساك قدر حصته منه ودفع الباقي فقد وجد التناجز بينهما فصح العقد ولا يؤثر وزنه لحصته من الثمن اذا جاز له استرجاعها بأثر دفعه لها (مسئلة) فان كان افتراقهما قبل العقد بغلبة من أحدهما مثل أن يقبض الصراف الدنانير ويمنع من دفع الدراهم الظاهر من المذهب أن ذلك يفسد العقد وفي العتبية في قوم اشتروا قلادة ذهب ولؤلؤا بدراهم نقدا وقالوا نزن الدراهم وأمروه بذلك وفصلوا القلادة وتقاوموا اللؤلؤ أو باعوا الذهب فيما وضعوا أرادوا نقض البيع لتأخر النقد فقال مالك لا تنقض لتأخر النقد لانهم اشتروا على النقد زاد محمد عن مالك ولم يرض البائع بتأخيرهم وضعهم وانما هو رجل مغلوب وهذا التعليل يقتضي ان تأخير أحد المتعاقدين النقد بغير اختيار الثاني على وجه الغلبة لا يفسد العقد وجه القول الأول ان من شرط صحة هذا العقد النقد فاذا عدمت شروط صحته وجب أن يفسد ويحتمل على هذا القول أن يكون مالك ألزمه ثمن القلادة لانهم أخذوها على وجه الشراء ثم تعدوا على اتلافها ليؤدوا اليه القيمة فلزمهم الثمن كمن اشترى ثوبا على الخيار وادعى تلفه فاتهم انه يريد رد البيع فانه يلزمه الثمن دون القيمة

(فصل) وقوله الورق بالذهب ربا الا هاء وهاء قال ابن ثابت في غريبه الا هاء وهاء باليد وذلك يقتضي النقد مع العقد وظاهره يقتضي أن هاء وهاء تنوب عن العقد والنقد لقرب أحدهما من الآخر فعلى هذا لا يجوز أن يتأخر النقد عن العقد ومن صفته أن يكونا معا مثل الدرهمين أو يكون النقد متصلا بتمام العقد أو في حكم المتصل لقربه منه مع كونهما في مجلس واحد وما هو في حكمه من القرب على ما قدمناه وأما ان فصل بينهما طول مجلس والخروج من أمر الى أمر غيره ومن الصرف الى

الاعراض عنه والاشتغال بغيره فان ذلك غير جائز خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما ان ذلك جائز والدليل على مانقوله الحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم الورق بالذهب ربا إلا هاء وهاء ودليلنا من جهة المعنى ان هذا صرف تأخر القبض فيه عن العقد فوجب أن لا يصح كما لو قاما من مجلسهما (مسئلة) اذا ثبت أن حكم النقد اتصاله بالعقد فان من حكمه حضور العوضين حال العقد والنقد فأما العقد فقد تقدم الكلام فيه وأما حضورهما حين العقد فلازم أيضا ولو أن المتصارفين عقدا الصرف بحضرة العوضين ثم قبض أحدهما الدنانير فأنفذها الى بيته ثم قبض الدراهم بعد ذلك لم يجز وقد قال مالك من ابتاع خلخال فضة بدنانير فاستحقت وقد أنفذها الى بيته فأراد المستحق أن يجيز البيع وأراد هو أن ينقده من عنده الثمن ويتبع البائع انه لا يجوز ذلك ولو حضر الخلخال جاز ذلك وقد قال أشهب ان هذا استحسان والقياس انه مفسوخ لان لمستحقها في ذلك الخيار فجوز في هذه المسئلة امضاء المستحق البيع مع حضور الخلخال من التجويز والنقد ومنع ذلك مع غيبته لانه مما يتعين بالنقد وجوز ذلك في الغاصب يشترى الدنانير ممن غصبها منه وهي غائبة عنه لما لم تكن معينة بالغصب وهذا فيه نظر ان حمل على ظاهره لان هذا الصرف موقوف على الفسخ لا على الاجازة وذلك لا يمنع امضاءه كوجود الردىء في أحد العوضين فان ذلك لا يوجب فسخ العقد ان رضى به الذي وجد الردىء والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كان في حكم الحاضر وذلك بأن يأخذ الصراف الدينار فيدخله في كمه أو تابوته ثم يقضى عوضه ويبيعه من غيره في المجلس ثم يقتضي عوضه قبل مغيبه وقبل التفرق فانه مكروه لمضارعته مغيب ما حضوره شرط في صحة العقد

ص * قال مالك اذا اصطرف الرجل دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فأراد رده انتقض صرف الدينار ورد اليه ورقه وأخذ اليه ديناره وتفسير ما كره من ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وقال عمر بن الخطاب وان استنظرك الى أن يلج بيته فلا تنظره وهو اذا رد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشئ المتأخر فلذلك كره ذلك وانتقض الصرف وانما أراد عمر بن الخطاب أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجلا بآجل فانه لا ينبغي أن يكون في شئ من ذلك تأخير ولا نظرة وان كان من صنف واحد أو كان مختلفة أصنافه *

ش وهذا كما قال ان الصرف مبنى على المناجزة والمفاصلة في الفور فاذا اتصارفا فلا يجوز أن يفترقا الا عن تناجز واذا قال أحدهما لصاحبه ان وجدت عيبا رددته اليك ففي سماع أشهب من العتبية عن مالك لا يجوز ذلك ويرد هذا الصرف وان وجدها خيارا كلها ووجه ذلك انه لم يأخذ الدراهم على وجه الحيازة لها وانما أخذها مؤتمنا عليها لربها وكذلك لا يجوز أن يأخذها منه على التصديق في جودتها ووزنها ولا يفارقه الا على نهاية ما يمكن من الانتجاز فان قبضها وتفرقا على رؤيته ففي كتاب محمد ان العقد ينتقض وان أصابها كما قال وحكى أشهب عن مالك انه جائز وجه الرواية الأولى ما قدمناه من ترك اكمال عمل الصرف كما لو ائتمنه دافع الدنانير على انتقادها ووزنها ووجه قول أشهب انه لم يبق بينهما من العمل الا ما لا يمكن قطعه بالوزن والانتقاد وهو ان القول قول الدافع وانما يفسد العقد ويمنع الانتجاز أن يكون القول قول القابض لان هذا حكم ما لم ينتجز فيه القبض (مسئلة) فان أخذها بعد الوزن والانتقاد فوجدها تنقص فان النقص على ضربين نقص في الوزن ونقص في الصفة فأما النقص في الوزن فلا يخلو أن يجده قبل التفرق أو بعده فان علم به قبل التفرق فان له أن يرضى به أو يأخذ به ما شاء رواه ابن القاسم عن

* قال مالك اذا اصطرف الرجل دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فأراد رده انتقض صرف الدينار ورد اليه ورقه وأخذ اليه ديناره وتفسير ما ذكره من ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وقال عمر بن الخطاب وان استنظرك الى أن يلج بيته فلا تنظره وهو اذا رد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشئ المتأخر فلذلك كره ذلك وانتقض الصرف وانما أراد عمر بن الخطاب أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجلا بآجل فانه لا ينبغي أن يكون في شئ من ذلك تأخير ولا نظرة وان كان من صنف واحد أو كان مختلفة أصنافه

مالك وذلك ان التناجز وجد قبل التفرق ولو أراد أن يؤخره بقدر ذلك النقص لم يجز فان تفرقا قبل أن يستوفى ذلك النقص فالذى قاله أصبغ ينتقض الصرف كله ولو نقصت منه حبة و به قال محمد وحكى ابن القاسم انه جائز لا ينتقض منه الا بمقدار ذلك النقص الى تمام دينار وجه قول أصبغ ان العقد اذا دخل بعضه الفساد بتأخر القبض تعدى الى ما قبض كما لو عقدا على ذلك الصرف ووجه ما قاله ابن القاسم ان تأخر القبض بعد التزام العقد لا يتعدى الى جميع العقد كالعيب يجده ببعض الدراهم (مسئلة) فاما ان وجد النقص بعد التفرق وذلك لسرقة الصيرفى فاراد أن يطالب به فلا خلاف على المذهب أن النقص يلحق العقد وان أراد ترك النقص وصحيح العقد فروى ابن وهب وابن عبد الحكم ان ذلك جائز وروى ابن المواز عن مالك ان ذلك لا يجوز وان قل وروياعنه أنه لا يجوز فى الكثير واختاره أصبغ وجه رواية الجواز انه نقص وجد فى عوض الصرف فلا يمنع صحة العقد مع ترك المطالبة به كنقص الصفة ووجه المنع على الاطلاق ان تأخر العوض فى الصرف يمنع الصحة فى العقد كما لو علم بالنقص فاخره ولانا قد أجمعنا على انه لو طلب النقص لفسد العقد ولم يمنع من ذلك عدم علمه بالنقص وكذلك اذا تركه ووجه الفرق بين القليل والكثير ان القليل غير مقصود ومعلوم فى الأغلب ان مثل هذا لا يطلب ولا تتبعه النفس فكانه لما لم يبق له الا ما جرت العادة بتركه والتسامح به قبض جميعه لان ما نقصه لو علم به لتركه فكذلك اذا تركه الآن وهو محمول على ذلك وأما الكثير فانه مما جرت العادة بطلبه فانما يكون تاركا له الآن وقد وجد الفساد فى العقد بالتفرق قبل قبضه أو تركه (فرع) فاذا قلنا بالتفريق بين اليسير والكثير فكم اليسير روى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية ان الدانق فى صرف الدينار يسير وقال أصبغ هو أن ينقص ألف درهم درهما وأما صرف الدينار فما نقص منه من قليل أو كثير فهو كثير ينتقض الصرف ما لم يكن من اختلاف الموازين التى لم تجر العادة باتباعه ولا طلبه واذا قلنا انه ينتقض فقال أصبغ ينتقض كله وقال ابن القاسم ينتقض منه ما بين النقص وكمال الدينار

(فصل) وأما النقص من جهة الصفة كالعيب يجده فى أحد عوضى الصرف فانه لا خلاف على المذهب نعلمه ان من وجد ذلك ورضى به فان عقده لا يفسد به فان أراد رده فهل له ذلك أم لا المشهور من المذهب أن البدل فيه غير جائز والصرف فيه منتقض وقال ابن وهب من أصحابنا ان البدل فيه جائز حكاه عنه ابن حبيب وغيره و به قال ابن شهاب والليث بن سعد وجه ما ذهب اليه مالك يحتمل أن يكون مبنيا على ان الصرف ينتقض من أصله بالبدل وهو وقت العقد فيه فيبطل فى المعيب لتأخر دفع العوض فيه من حين العقد الى وقت الرد بالعيب و يحتمل قول ابن وهب أن يكون مبنيا على ان الرد بالعيب نقض للعقد حين الرد بالعيب دون ما تقدمه فلا يكون فى ذلك تأخير للبدل عن وقت عرا عن قبض والله أعلم وأحكم (مسئلة) والهبة اللاحقة بالصرف لا خلاف على المذهب انه يجوز البدل فيها وقد روى عن مالك فيمن باع ثوبا بدينار الا درهمين فتناقدا ثم وجد بالدراهم عيبا روى عنه ابن القاسم يبدله وليس هذا مثل الصرف يريد ان هذا لما كان الغالب منه البيع والصرف تبع له كان حكمه فى جواز البدل حكم البيع لا حكم الصرف وروى عنه ابن وهب ينتقض الجميع (فرع) فاذا قلنا بمنع البدل فلا يخلو أن يكون الذهب من جنس واحد أو مختلف الجنس فان كان من جنس واحد فان بيعه يكون على ضربين أحدهما أن يقول أبيعك هذه العشرة دنانير كل دينار بعشرة دراهم يذكر حصة كل دينار منها والثانى أن يذكر جملة الصرف خاصة

فيقول أبيعك هذه العشرة دنانير بمائة درهم فان كان ذكر صرف كل دينار منها فلا خلاف انه لا ينقض الا بقدر دينار واحد وان كان انما ذكر جملة الصرف فالمشهور من المذهب انه لا ينتقض منه الا دينار واحد وروى عيسى عن ابن القاسم وفي العتبية في نقرة يبتاعها جزافا بمائة دينار فيجد منها مسمار نحاس أو يبيعها كل عشرة دراهم بدينار ان ذلك سواء وينتقض منها بقدر المسمار الى تمام دينار وقال القاضي أبو محمد ينتقض جميع الصرف وجه القول الأول أن الدنانير المتساوية تقتضي التقابل وتمنع التقسيط فلا يرتبط بعضها ببعض في نقض العقد لعيب الصفة أصل ذلك اذا ذكر كل دينار بصرفه ووجه قول القاضي أبي محمد ما احتج به من أنه اذا سمى لكل واحد من الدنانير حصة فانه قد أفرده بالعقد واذا سمى الجملة فقد شملها العقد فاذا بطل بعضه بطل جميعه وان كانت الدنانير قرضا فقد قال ابن القاسم يرد منها أصغر قرض فيها ويضيف الى الدرهم الزائف من الدراهم ما يقابل تلك القرضة وهذا مبني على قول مالك ان قرض القراضة المضروبة مكروه وأما على تجويز أصبغ لذلك فيجب أن يقرض منها بقدر الدرهم الزائف وهذا على قولنا ان الدنانير تتعين بالنقد وعلى قولنا لا تتعين يرد له من عنده قرضة ذهب بقدر الدرهم الزائف (فرع) وان كانت الدنانير مختلفة الأجناس والقيم ففي العتبية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم فيمن اشترى حليا مصوغا أسورة وخلاخل وغير ذلك بدراهم فوجد بها درهما زائفا انه ينتقض الصرف كله ووجهه ان اختلاف قيم الحلي بالصياغة يقتضي التقسيط واذا دخل ذلك التقسيط سرى من الدراهم جزء الى كل جزء من الحلي فاذا انتقض الصرف في الدرهم انتقض في جميع الحلي ولو وجد في جميع الحلي مسمار نحاس فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم ان ذلك ان كان في سوارين من الحلي انتقض في السوارين جميعا وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم يردها كلها وان كانت مائة زوج وجه رواية أبي زيد ان السوارين بمنزلة شيء واحد فاذا انتقض الصرف في أحدهما انتقض فيهما لانه لا يجوز أن يفترقا في الرد على من باعهما مجتمعين لما في ذلك من الفساد ولان النقص لما طرأ من جهتهما والعوض الذي يقارب مساو لم يدخله التقسيط وانما يلحق الحلي التقدير والتقويم فاذا علمت قيمة كل نوع منه قوبل من الدرهم بمقدار ذلك ووجه رواية عيسى انه اذا وجد الاختلاف في أحد العوضين لزم التقويم وهو معنى التقسيط وانما يسقط التقسيط مع تساوي أجزاء كل واحد من العوضين فان لم يكن كذلك فلا بد من التقويم والتقسيط (فرع) اذا ثبت ذلك فيم ينتقض ما ينتقض من الصرف لوجود العيب في أحد عوضيه الظاهر من المذهب أنه ينتقض بانفاذ الرد لا بارادته ولو وجد عيبا به فجاء ليرده فأرضاه الآخر حتى لا يبدله لجاز ذلك بينهما وبماذا يصح أن يرضيه قال سحنون عن ابن القاسم فيمن باع من رجل طوق ذهب فيه مائة دينار بألف درهم فوجد به عيبا فجاء ليرده فصالحه من ذلك بدينار دفعه اليه انه جائز وروى ابن سحنون عن أبيه ان ذلك غير جائز ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الرد لم يتم بينهما وأخذ عن ذلك دينارا فلا يفسد الرد لان الرد لم يتم وقد منعه منه بما أرضاه به ولا يفسد لانه بمنزلة أن يبيعه مائة دينار ودينارا بألف درهم وليس في الدينار الذي أعطاه تأخير لانه نقده حين العقد عليه والرضا به كالوزاده دينارا بعد العقد وجه قول ابن سحنون ما آل اليه أمرهما من الفساد بأن صارف مائة دينار نقدا ودينارا مؤجلا بألف درهم (مسئلة) وان صالحه عن ذلك بمائة درهم قال ابن القاسم ان كانت من جنس الدراهم التي دفع اليه جاز وان كانت من غير جنسها لم يجز قال أشهب ذلك جائز فيهما وجه قول ابن القاسم انه اذا رد اليه من جنس دراهمه فقد صار ثمن الطوق

باقي الدراهم ولم يتم الرد فوجب أن يصح واذا ارد عليه مائة درهم من غير جنس دراهمه فقد باعه طوقا ومائة درهم بألف درهم وذلك غير جائز ووجه قول أشهب ما احتج به من أن هذا ليس من الصرف وانما نستثني منه الرد عليه بالعيب

(فصل) وقوله وهو اذا ارد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشيء المستأخر فلذلك كره ذلك وانتقض الصرف معناه انه اذا ارد عليه الذهب الزائف بعد المفارقة له كان ما بدله من الدراهم دينا على بائع الدراهم تأخر القبض فيه عن وقت العقد فلا يصح اتمام الصرف فيه ويجب نقضه

(فصل) وقوله وانما أراد عمر أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجل بآجل فانه لا ينبغي أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا نظرة كان من صنف واحد أو أصناف مختلفة هذا مذهب مالك رحمه الله انه لا يجوز التفرق قبل القبض في بيع الطعام وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ذلك جائز والدليل على ما نقوله الحديث المذكور عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والتبر بالتبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء

﴿ المراطلة ﴾

ص ﴿ مالك عن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي انه رأى سعيد بن المسيب يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه في كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الأخرى فاذا اعتدل لسان الميزان أخذ وأعطى ﴾ ش قوله يراطل الذهب بالذهب يريد مبادلة أحدهما بالآخر وزنا بوزن وهي المراطلة وهو على ضربين احدهما غير مسكوك فلا خلاف على المذهب في جوازه والثاني مسكوك فهو مخرج في المذهب على روايتين احداهما انه جائز وذلك مبني على أن الدنانير والدراهم تتعين بالعقد وعلى هذا ردأ كثر مسائل أصحابنا في المراطلة فان أقوالهم في ذلك مطلقة لا تتقيد بمعرفة الوزن والثانية انه لا يجوز وذلك مبني على ان الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد لان هذا من باب الجزاف والجزاف من مسكوك الذهب والفضة لا يجوز العقد عليه الا أن يكون هذا الحكم يختص عندهم بالمراطلة ولا فرق بينها وبين الصرف وغيره من البيوع والله أعلم وقد رأيت لبعض أصحابنا انه لا يجوز المراطلة بين الدنانير والدراهم لهذا المعنى وقد يجوز ذلك بان يعرف وزن أحد الذهبين ثم يراطل بها الآخر (مسئلة) فاما ان وزنت احدى الذهبين ثم وزن بعد ذلك بدلها بتلك الصنجة فانه جائز اذا تيقنت المساواة بينهما لانه الذهب بالذهب مثلا بمثل وقد عرا عن الجزاف بمعرفة قدره ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورق بالورق مراطلة أنه لا بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر دينارا بعشرة دنانير يدا بيد اذا كان وزن الذهبين سواء عينا بعين وان تفاضل العدد والدراهم أيضا في ذلك بمنزلة الدنانير ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يراعى في مراطلة الذهب بالذهب والورق بالورق العدد وانما يراعى فيه الوزن سواء كانت كلها مجموعة أو فرادى أو قائمة أو كان أحد العوضين مجموعة والثانية فرادى أو قائمة ووجه ذلك ان الاعتبار في الورق والذهب انما هو بالوزن وانما أبيح التعامل فيه بالعدد في بعض البلاد للعرف مع العلم بالوزن فيما لا يراعى فيه التساوي فاذا كان العقد مما يراعى فيه التساوي وجب أن يعتبر الوزن الذي هو أصل اعتباره ووجه المساواة فيه وسقط حكم العدد لانه لا اعتبار به في فساد عقد ولا صحته وسواء كان

﴿ المراطلة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي انه رأى سعيد بن المسيب يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه في كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الاخرى فاذا اعتدل لسان الميزان أخذ وأعطى * قال مالك الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورق بالورق مراطلة أنه لا بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر دينارا بعشرة دنانير يدا بيد اذا كان وزن الذهبين سواء عينا بعين وان تفاضل العدد والدراهم أيضا في ذلك بمنزلة الدنانير

أحد العوضين تبرا والآخر مسكوكا أومصوغا أوتبرا مثله ذلك كله واحد فى اعتبار المساواة فيه بالوزن ولا اعتبار فى ذلك بسكة ولا صياغة على وجه المراطلة دون اقتضائه من الدين وبالله التوفيق

ص ﴿ قال مالك من راطل ذهبا بذهب أو ورقا بورق فكان بين الذهبين فضل مثقال فاعطى صاحبه قيمته من الورق أومن غيرها فلا يأخذه فان ذلك قبيح وذريعة للربا لانه اذا جازله أن يأخذ المثقال بقيمته حتى كأنه اشتراه على حدته جازله أن يأخذ المثقال بقيمته مرارا لأنه يجيز ذلك البيع بينه وبين صاحبه * قال مالك ولو أنه باعه ذلك المثقال مفردا ليس معه غيره لم يأخذه بعشر الثمن الذى أخذه به لان يجوز له البيع فذلك الذريعة الى احلال الحرام والأمر المنهى عنه ﴾ ش وهذا كما قال ان من راطل ذهبا بذهب فانه لا يجوز أن يكون مع أحد الذهبين ورق ولا عرض ولا شئ سواء كانت احدى الذهبين أكثر من الأخرى ويكون العرض من العرض أوغيره فى مقابلة زيادة أحد الذهبين على الآخر أوكان الذهبان متساويين وبيان ذلك أن يكون قد دفع اليه دينارين بدينار ويجعل مع الدينار ثوبا أوطعاما أو ورقا أوغير ذلك ليكون فى مقابلة الدينار الآخر فانه لا يجوز ذلك ومنع منه مالك لوجهين أحدهما أنه قبيح وممنوع لنفسه ولفساد العقد على هذا الوجه لما فيه من التفاضل بين الذهبين لان السلعة التى مع الدينار مقسطة مع دينارها على الدينارين فيصيب كل دينار نصف دينار ونصف السلعة وربما كانت السلعة أكثر قيمة من الدينار أوأقل قيمة فيقابل أكثر الدينارين أوأقلهما ويقابل الباقى من الذهب التى مع السلعة أقل من وزنها أوأكثر ولهذا منعه الشافعى وان لم يقل بالذرائع والوجه الثانى أن هذا العقد ممنوع للذريعة الى الحرام الذى لا يجوز وقد تقدم الكلام على وجوب القول بالذرائع وتفسير ذلك فى هذه المسئلة ما احتج به مالك من انه اذا جازله أن يأخذ بالمثقال قيمته حتى كأنه اشتراه مفردا جازله أن يأخذ قيمته مرارا ليجيز البيع بينه وبين صاحبه يريد بذلك ليجيز المحظور الممنوع بالشرع وذلك انه اذا باع دينارا رديئا بدينار بن جيدين وعلم انه لا يصح أن يعطيه بذلك الدينار نصف دينار جيد جعل مع الدينار ما يساوى أكثر من الدينار الجيد مرارا وجعله ثمنا للدينار الجيد فيكون فى الظاهر قد أعطاه دينارا رديئا بدينار جيد وأعطاه السلعة بالدينار الآخر الجيد وهو فى الحقيقة انما أعطاه الدينار الردىء بنصف دينار جيد وأخذ السلعة بدينار ونصف من الذهب الجيد وهذا ما لا يحل ولا يجوز ولذلك قال مالك ولو انه باعه ذلك الدينار مفردا لم يأخذه بعشر الثمن يعنى ان ذلك الدينار الردىء الذى مع السلعة لو باعه مفردا لم يعطه به الدينار الجيد من الدينارين وانما أضاف اليه السلعة ليتوصل بذلك الى أخذ بعض دينار جيد بدينار ردىء وهذه المسئلة تعرف بمسئلة مدى عجوة لانها تفرض فيمن باع مد عجوة ودرهما بدرهمين وجوز ذلك أبو حنيفة وقال ان من باع مائة دينار فى قرطاس بمائتى دينار انه جائز ويحتسب بالقرطاس فى مائة دينار وتكون المائة الباقية من المائتين بالمائة التى فى القرطاس والدليل على المنع من ذلك ما رواه مسلم فى صحيحه من حديث على بن رباح اللخمى انه سمع فضالة بن عبيد الانصارى يقول أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها خرز وذهب وهى من المغانم تباع فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذى فى القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن فوجه الدليل من الخبر انه أمر بنزع الخرز وافراد الذهب ليمكن بيعه ولو جاز بيعه مع الخرز لما احتاج الى وزنه ثم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن فنبه بذلك على ان علة افراده بالبيع ان يتحقق فيه الوزن بالوزن (مسئلة) ولا يجوز أن يكون مع كل واحد من الذهبين

* قال مالك من راطل ذهبا بذهب أو ورقا بورق فكان بين الذهبين فضل مثقال فأعطى صاحبه قيمته من الورق أو من غيرها فلا يأخذه فان ذلك قبيح وذريعة الى الربا لأنه اذا جازله أن يأخذ المثقال بقيمته حتى كأنه اشتراه على حدته جازله أن يأخذ المثقال بقيمته مرارا لأنه يجيز ذلك البيع بينه وبين صاحبه * قال مالك ولو أنه باعه ذلك المثقال مفردا ليس معه غيره لم يأخذه بعشر الثمن الذى أخذه به لأنه يجوز له البيع فذلك الذريعة الى احلال الحرام والأمر المنهى عنه

* قال مالك في الرجل يراطل الرجل ويعطيه الذهب العين الجياد ويجعل معها تبرا ذهبا غير جيدة ويأخذ من صاحبه ذهبا كوفية مقطعة وتلك الكوفية مكروهة عند الناس فيتبايعان ذلك مثلا بمثل ان ذلك لا يصلح * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن صاحب الذهب الجياد أخذ فضل عيون ذهبه في التبر الذي طرح مع ذهبه ولولا فضل ذهبه على ذهب صاحبه لم يراطله صاحبه بتبره ذلك الى ذهبه الكوفية وانما مثل ذلك كمثل رجل أراد أن يبتاع ثلاثة أصوع من تمر عجوة بصاعين ومد من تمر كبيس فقيل له هذا لا يصلح فيجعل صاعين من كبيس وصاعا من حشف يريد أن يجيز بذلك بيعه فذلك لا يصلح لانه لم يكن صاحب العجوة ليعطيه صاعا من العجوة بصاعي حشف ولكنه انما أعطاه ذلك لفضل الكبيس أوان يقول الرجل للرجل بعني ثلاثة أصوع من البيضاء بصاعين ونصف من حنطة شامية فيقول هذا لا يصلح الا مثلا بمثل فيجعل صاعين من حنطة شامية وصاعا من شعير يريد أن يجيز بذلك البيع فيما بينهما فهذا لا يصلح لانه لم يكن ليعطيه بصاع من شعير صاعا من حنطة بيضاء لو كان ذلك الصاع مفردا وانما أعطاه اياه لفضل الشامية على البيضاء فهذا لا يصلح وهو مثل ما وصفنا من التبر * قال مالك فكل شيء من الذهب والورق والطعام كله الذي لا ينبغي أن يباع الا مثلا بمثل فلا ينبغي أن يجعل مع الصنف الجيد منه المرغوب فيه الشيء الردىء المسخوط ليجاز بذلك البيع ويستحل بذلك ما نهي عنه من الأمر الذي لا يصلح اذا جعل ذلك مع الصنف المرغوب فيه وانما يريد صاحب ذلك أن يدرك بذلك فضل جودة ما يبيع فيعطي الشيء الذي لو أعطاه وحده لم يقبله صاحبه ولم يهمم بذلك وانما يقبله من أجل الذي يأخذ معه لفضل سلعة صاحبه على سلعته فلا ينبغي لشيء من الذهب والورق والطعام أن يدخله شيء من هذه الصفة فان أراد صاحب الطعام الردىء أن يبيعه بغيره فليبعه على حدته ولا يجعل مع ذلك شيأ فلا بأس به اذا كان كذلك

شيء تساويا أو اختلفا فلا يجوز دينار ودرهم بدينار ودرهم الديناران تساويان والدرهمان كذلك وأجازه الشافعي والدليل على صحة ما نقوله انه قد وجد على كل واحد من عوض الذهب ما ليس بذهب فلم يجز أن يشملهما بيع كما لو كان مع كل واحد منهما سلعة

ص * قال مالك في الرجل يراطل الرجل ويعطيه الذهب العين الجياد ويجعل معها تبرا ذهبا غير جيدة ويأخذ من صاحبه ذهبا كوفية مقطعة وتلك الكوفية مكروهة عند الناس فيتبايعان على ذلك مثلا بمثل ان ذلك لا يصلح * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك ان صاحب الذهب الجياد أخذ فضل عيون ذهبه في التبر الذي طرح مع ذهبه ولولا فضل ذهبه على ذهب صاحبه لم يراطله صاحبه بتبره ذلك الى ذهبه الكوفية وانما مثل ذلك كمثل رجل أراد أن يبتاع ثلاثة أصوع من تمر عجوة بصاعين ومد من تمر كبيس فقيل له هذا لا يصلح فيجعل صاعين من كبيس وصاعا من حشف يريد أن يجيز بذلك بيعه فذلك لا يصلح لانه لم يكن لصاحب العجوة ليعطيه صاعا من العجوة بصاعي حشف ولكنه انما أعطاه ذلك لفضل الكبيس أو أن يقول الرجل للرجل بعني ثلاثة أصوع من البيضاء بصاعين ونصف من حنطة شامية فنقول هذا لا يصلح الا مثلا بمثل فيجعل صاعين من حنطة شامية وصاعا من شعير يريد أن يجيز بذلك البيع فيما بينهما فهذا لا يصلح لانه لم يكن ليعطيه بصاع من شعير صاعا من حنطة بيضاء لو كان ذلك الصاع مفردا وانما أعطاه اياه لفضل الشامية على البيضاء فهذا لا يصلح وهو مثل ما وصفناه من التبر * قال مالك فكل شيء من الذهب والورق والطعام كله الذي لا ينبغي أن يباع الا مثلا بمثل فلا ينبغي أن يجعل مع الصنف الجيد منه المرغوب فيه الشيء الدنيء المسخوط ليجاز بذلك البيع ويستحل بذلك ما نهي عنه من الامر الذي لا يصلح اذا جعل ذلك مع الصنف المرغوب فيه وانما يريد صاحب ذلك أن يدرك بذلك فضل جودة ما يبيع فيعطي الشيء الذي لو أعطاه وحده لم يقبله صاحبه ولم يهمم بذلك وانما يقبله من أجل الذي يأخذ معه لفضل سلعة صاحبه على سلعته فلا ينبغي لشيء من الذهب والورق والطعام أن يدخله شيء من هذه الصفة فان أراد صاحب الطعام الردىء أن يبيعه بغيره فليبعه على حدته ولا يجعل مع ذلك شيأ فلا بأس به اذا كان كذلك

* ش وهذا كما قال ان من راطل ذهبا بذهب واحد الذهبين من جنسين فان كان لم يعلم مقدار الجيد من الردىء لم تجز المراطلة ولا المبايعة كلها وان علم مقدار ذلك لم يخل أن يكون أحد الذهبين من جنس الذهب المفردة مساوية لها في الجودة والنفاق أو لا تكون احداهما مساوية لها فالظاهر من المذهب جواز ذلك سواء كانت الذهب التي معها أفضل أو أدون وهذا الاوجه فيه لمنع الذريعة لأن مساواة احدى الذهبين الذهب التي في عوضها تنفي التهمة التي تلحق من جهة التقسيط فوجود إلا أن يحمل التقسيط على وجه

الذريعة والتهمة فى ذلك فيبعد أيضا وهذا ما لم يكن رداءة أحد الذهبين من غش نحاس فيها وانما هى الرداءة فى غش الذهب فان كانت مغشوشة بنحاس لم تجز المراطلة بها قاله الشيخ أبو اسحق وأن ما قال مالك فى الذهب المفردة بالذهب المفردة (مسئلة) وان كانت غير مساوية لها فلا يخلو أن يكون الذهبان أفضل أو أدنى من الذهب المفردة أو يكون احدى الذهبين أفضل من المفردة والثانية أدنى منها فان كانت أفضل أو أدنى فعلى ما تقدم وان كانت احداهما أفضل والأخرى أدنى فلا خلاف فى المذهب أنه لا يجوز ووجه ذلك ما يلزم من تقسيط الذهب المفردة على الذهبين اللتين احداهما أفضل منها والاخرى أدنى منها فيؤدى به ذلك الى التفاضل فى الذهب أو يمنع ذلك للتهمة فى قصد ذلك فتقوى التهمة هنا دون أن تكون احدى الذهبين مساوية لها والاخرى أفضل وأدنى فان التهمة تضعف فيهما على ما قدمناه (مسئلة) ولو كانت دراهم سود بدراهم بيض دونها ومع السود فضة كفضة البيض ففى كتاب محمد أن ذلك لا يجوز لنقص السكة يريد أن نقص السكة فى فضة البيض انما سومح فيه لفضل السود على الدراهم البيض فراعى السكة مع التناجز والذى فى المدونة خلاف هذا والله أعلم

﴿ العينة وما يشبهها ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه * مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه يريد أنه اذا استفاده بالابتياع فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه من بائعه منه لأنه لا يجوز أن يتوالى على الطعام عقدا بيع لا يتخللهما استيفاء بالكيل ان كان مكيلا أو بالوزن ان كان موزونا لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك وفى هذا أربعة أبواب * الباب الاول فى تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات * والباب الثانى فى تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة * والباب الثالث فى تمييز ما يكون قبضا واستيفاء * والباب الرابع فى تمييز ما يصحح قبض البيع الثانى

(الباب الاول فى تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات)

المبيع على ضربين مطعوم وغير مطعوم فأما المطعوم فانه على قسمين قسم يجرى فيه الربا وقسم لا يجرى فيه فأما ما يجرى فيه الربا فلا خلاف على المذهب فى أنه لا يجوز بيعه قبل استيفائه وأما ما لا يجرى فيه الربا فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما أنه لا يجوز بيعه قبل قبضه وهو المشهور من المذهب وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز بيعه قبل قبضه ووجه الرواية الاولى ما احتج به أصحابنا فى هذه المسئلة من قول النبى صلى الله عليه وسلم من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه وهذا يصح الاحتجاج به فى هذا الحكم على قول من يمنع التخصيص بعرف اللغة وأما من رأى التخصيص بعرف اللغة فلا يجوز الاحتجاج بهذا الحديث على هذا الحكم لأن لفظة الطعام اذا أطلقت فانما يفهم منها بعرف الاستعمال الحنطة دون غيرها ولذلك لو قال رجل مضيت الى سوق الطعام لم يفهم منه الاسوق الحنطة ودليلنا من جهة القياس أن هذا مطعوم فلم يجز بيعه قبل قبضه كالذى يجرى فيه الربا ووجه الرواية الثانية أن ما لا يجوز فيه التفاضل نقدا فانه لا يحرم بيعه قبل قبضه كغير المطعوم (فرع) واذا قلنا باجراء هذا الحكم فى المقتات خاصة فلا فرق بينهما فاذا أجريناه فى كل مطعوم فلا فرق بين هذا

﴿ العينة وما يشبهها ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه * وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه

وبين حكم الربا (مسئلة) وهذا في المطعوم المقتات المكيل أو الموزون وروى ابن القاسم عن مالك في المبسوط وكذلك المعدود لا يجوز ذلك فيه حتى يقبضه وقد قاله غيره من أصحابنا وهو المذهب ان شاء الله تعالى

(فصل) وان كان غير مطعوم فمذهب مالك أنه لا مدخل لهذا الحكم في غير المطعوم ولا تعلق له به سواء كان مكيلا أو موزونا أو غير مكيل ولا موزون وقال عبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة ويحيى بن سعيد أن كل ما بيع على كيل أو وزن أو عدد مطعوما كان أو غير مطعوم فلا يجوز بيعه قبل قبضه واختاره ابن حبيب وقال أبو حنيفة هذا الحكم ثابت في كل مبيع ينقل ويحول وقال الشافعي هو حكم ثابت في كل مبيع واستدل أصحابنا في ذلك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه فوجه ذلك انه خص هذا الحكم بالطعام فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد تقدم الكلام فيه ودليلنا من جهة القياس ان هذا مبيع ليس بمطعوم فجاز بيعه قبل قبضه كالدنانير والدراهم

(الباب الثاني في تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة)

العقود على ضربين معاوضة وغير معاوضة فأما المعاوضات فالبيع وما في معناه من الاجارة والمصالحة والمناكحة والمخالعة والمكاتبة على وجه العوض كأرزاق القضاة والمؤذنين وأصحاب السوق فان هذا كله يؤخذ على وجه المعاوضة وقال أبو حنيفة ما ملك بمهر أو خلع من طعام أو غيره فانه يجوز بيعه قبل قبضه وهذه العقود تنقسم على ثلاثة أقسام قسم يختص بالمغابنة والمكايسة كالاجارة والبيع وما كان في حكمهما وقسم يصح أن يقع على وجه المغابنة ويصح أن يقع على وجه الرفق كالاقالة والشركة والتولية وقسم لا يكون الا على وجه الرفق كالقرض فأما البيع وما كان في معناه مما يختص بالمغابنة قال القاضي أبو محمد ما كان أجرة لعمل أو قضاء لدين أو مهرا أو خلعا أو صلحا عن دم عمد أو مثلا لمتلف أو أرش جناية في مال مضمون أو معين فذلك كله يجري مجرى البيع فيما ذكرناه فلا خلاف في انه لا يجوز أن يتوالى منه عقدان من جنس واحد أو من جنسين مختلفين على معين أو ثابت في الذمة لا يتخللهما قبض والأصل في ذلك الحديث المتقدم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى ومن جهة المعنى ان ذلك ممنوع حفظه وحراسته وتوقيه من الربا لئلا يتوصل أهل العينة بذلك الى بيع دنانير بأكثر منها وذلك ان صاحب العينة يريد أن يدفع دنانير في أكثر منها نقدا أو الى أجل فاذا علم بالمنع في ذلك توصل اليه بان يذكر حنطة بدينار ثم يبتاعه بنصف دينار دون استيفاء ولا قصد لبيعه ولا لابتياعه فلما كثر هذا وكانت الأقوات مما يتعامل بها في كثير من البلاد ولا سيما في بلاد العرب وكان ذلك مما يقصد لهذا المعنى كثير المعرفة جميع الناس لثمنه وقيمته ووجود أكثر الناس له منع ذلك فيها وشرط في صحة توالي البيع فيها تخلل القبض والاستيفاء لان ذلك نهاية التبايع فيها وتمام العقد ولزومه ولم يشترط ذلك في سائر المبيعات لانه لم يتكرر تعامل أهل العينة بها لان ثمنها يخفى في الأغلب ويقل مشتريها (فرع) ومن باع ثمر حائطه واستثنى منه كيلا يجوز استثناؤه ثم أراد بيعه فقد اختلف قول مالك فيه فكرهه ثم رجع الى اجازته روى ذلك ابن المواز وجه الكراهية مبني على أن المستثنى مبيع ووجه الاباحة والجواز مبني على أن المستثنى غير مبيع (مسئلة) وأما ما صح أن يقع من عقود المعاوضة على وجه الارفاق ووجه المغابنة كالاقالة والشركة والتولية فان وقع على وجه الرفق فانه يصح أن يلي البيع في الطعام قبل القبض

ووجه وقوعه على الرفق أن يكون على حسب ما وقع عليه البيع فيه فان تغير عنه لزيادة ثمن أو صفة أو نقص أو مخالفة فى جنس ثمن أو أجل خرج عن وجه الرفق الى البيع الذى لا يجوز والأصل فى جواز ذلك اذا وقع على وجه الرفق ما رواه سحنون فى المدونة عن ابن القاسم عن سليمان بن يسار عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه الا ما كان من شركة أو تولية أو اقالة ومن جهة المعنى ان هذه عقود مبنية على المعروف والمواصلة دون المغابنة والمكايسة التى لمضارعتها منع بيع الطعام قبل استيفائه وذلك أنه منع لمشابهته العينة فاذا وقعت هذه العقود على وجه الرفق وعريت من المغابنة والمكايسة كانت مباحة كالقرض وهذا فى الجملة فأما التفصيل فلا يخلو أن يكون ثمن الطعام عينا أو غير عين فأما العين فانه ان كان مثله فى قدره وصفته فلا خلاف فى المذهب فى جواز الاقالة به وان تغيرت صفته أو قدره لم يجز لانه ليس باقالة وانما هو بيع الطعام قبل استيفائه لان الاقالة انما هى على مثل ما انعقد عليه البيع ولذلك قال بعض أصحابنا انها ليست بعقد مستأنف وهى نقض للعقد الأول (مسئلة) وان كان ثمن الطعام غير عين لم يخل أن يكون مما له مثل كالمكيل والموزون والمعدود أو مما لا مثل له مما يرجع الى القيمة فان كان مما له مثل من المكيل والموزون والمعدود ففى الواضحة تجوز الاقالة بالمثل وقاله أشهب فى المجموعة وشرط أن لا يكون أرفع منه ولا أدنى وأن يكون حاضرا عنده وقال ابن القاسم لا يجوز ذلك وجه قول أشهب أن هذا مما له مثل فصحت الاقالة من الطعام بمثله كالدنانير والدراهم ووجه قول ابن القاسم أن هذا عوض يتعين بالعقد فلم تجز الاقالة من الطعام الا بعينه دون مثله أصل ذلك ما يرجع الى القيمة (مسئلة) فان كان الثمن مما لا مثل له كالثوب والحيوان ففى الواضحة لا تجوز الاقالة بمثله ولا بقيمته وانما تجوز منه بعينه ما لم تدخله زيادة ولا نقص فى بدن ويجوز ان دخله تغير أسواق ووجه هذا ما قدمناه من ان الاقالة انما هى فى معنى حل العقد الأول فاذا لم يؤد اليه ثمنه ولا مثله لم تكن اقالة وكان بيع الطعام قبل استيفائه وهو ممنوع منه (مسئلة) وان كان الطعام ثمنا للعمل فى اجارة جاز أن يقيله قبل العمل ولم يجز ذلك بعد العمل فان عمل بعض العمل جاز أن يقيله مما بقى دون ما عمل رواه كله ابن المواز عن أشهب ووجه ما احتج به ابن حبيب ان أعمال الناس تختلف فلا يكون العمل الآخر مثلا للاول وذلك ينافى الاقالة ولان العمل انما يرجع الى القيمة فلا تصح الاقالة فيه بعد فواته كالثوب وأما الكتابة ففى الواضحة ولا تبع طعامك من كتابة من غير المكاتب قبل قبضه الا أن يكون يسيرا تافها بيع مع غيره مما كاتبه عليه فلا بأس به

(فصل) وأما ما يختص بالرفق من عقود المعاوضة كالقرض فانه يجوز أن يتكرر على الطعام قبل قبضه وأن يلى البيع ويليه البيع لا خلاف فى ذلك نعلمه (مسئلة) وأما ما يلزم الذمة من الطعام بغير عقد مثل أن يلزمها بالغصب والتعدى ففى كتاب محمد انه كالقرض يجوز بيعه قبل قبضه وحكى القاضى أبو محمد انه كالبيع ان كان مثلا لمتلف ولا يجوز بيعه قبل قبضه وجه القول الأول ان أخذ مثل الطعام فى الغصب يتوالى على الطعام من غير أن يتخللهما قبض فلو كان بمنزلة البيع لما جاز أن يتواليا عليه وهذا باطل باتفاق ووجه رواية القاضى أبى محمد انه طعام يؤخذ عوضا على وجه المشاحة وترك الارفاق فلم يجز أن يلى البيع دون قبض أصل ذلك البيع (وأما ما كان من العقود ليس فيه معاوضة كالهبة والصدقة والعطية فلا بأس أن يتوالى على الطعام قبل قبضه لانها ليست من عقود

المعاوضة ولا يتصور فيها معنى العينة التي لها منع بيع الطعام قبل استيفائه
(فصل) اذا ثبت أنه لا يجوز بيع الطعام قبل استيفائه فانه لا يجوز أن يبيعه هو ولا وكيله ولا وارثه قاله مالك في المبسوط لان انتقاله بالميراث لا يجوز أن يكون حاجزا بين البيعتين ولا يقوم مقام القبض في اباحة البيع فيه وان وهبه الرجل بعد أن ابتاعه قبل أن يستوفيه لم يجز للموهوب له أن يبيعه حتى يستوفيه رواه في المدونة عبد الرحمن بن دينار عن المغيرة وعيسى بن دينار عن ابن القاسم وزاد مالك في النوادر وكذلك لو وهب له أو تصدق به عليه أو أخذه قضاء من سلف قال وأخفه عندي الهبة والصدقة وفي الموازية عن مالك من أحلته على طعام من بيع أقرضته اياه أو قضيته اياه من قرض فلا يبيعه حتى يستوفيه (مسئلة) اذا ثبت أن هذا الحكم يتعلق بما استفيد على وجه المعاوضة فانه أيضا يجب أن يمنع من عقود المعاوضة قبل الاستيفاء ولا يمنع ما ليس بمعاوضة من هبة ولا صدقة ولا قرض ولا غير ذلك من العقود التي تعرى عن العوض ولذلك لم تمنع من الاقالة والتولية والشركة وان كانت فيها معاوضة

(الباب الثالث في تمييز ما يكون قبضا واستيفاء)

وأما ما يكون قبضا واستيفاء يصح أن يفصل بين البيعتين في الطعام فهو ما يخرج به من ضمان البائع الى ضمان المشتري من الكيل والتوفية في المكيل والموزون والتوفية في الموزون وفي التحري في الاتفاق على مقداره والحكم به وتوفيته ان كان فيه حق توفية وذلك بأن يوفيه البائع المبتاع وتسليم المبتاع اياه لازم قبل أن يبيعه وقد تقدم وصف التوفية قبل هذا فمثل هذا يكون فصلا بين البيعتين فان عقدا عقدا من بيع في طعامين في ذمتين ثم أرادا أن يتقاضيا بهما لم يجز ذلك على المشهور من المذهب وبه قال ابن القاسم وقال أشهب في كتاب ابن المواز ان اتفق رأس مالهما في القدر والصفة جاز ذلك وجه القول الاول انهما لما تقاضيا بالطعام آل أمرهما الى طعام واحد فقد انعقد عليه عقدا بيع وكل واحد منهما انعقد بلفظ البيع وعلى معناه من المغابنة والمكايسة لم يفصل بينهما قبض وذلك ممنوع ووجه القول الثاني ان ما آل أمرهما الى الاقالة لان المسلم الثاني رد الى الأول مثل رأس ماله وهذا معنى الاقالة والعقود لا تعتبر فيها باللفظ وانما تعتبر بالمعنى ولما كان معنى ما وجد منهما السلم والاقالة وذلك يجوز في الطعام قبل استيفائه جاز ذلك في مسئلتنا (مسئلة) وان كان الطعامان من قرض جاز ذلك حل أجلهما أو لم يحل لان اتصال القرضين في الطعام ليس بممنوع وان كان أحدهما من بيع والآخر من قرض فحل أجلاهما جازت المقاصة لان اتصال القرض بالبيع جائز في الطعام فان لم يحل واحد منهما فالمشهور من المذهب انه لا يجوز وبه قال ابن القاسم وقال ابن حبيب ان اتفق الأجلان جازت المقاصة وقاله أصحاب مالك الا ابن القاسم وجه القول الاول ان المقاصة قبل الاجل مع الاجل في البيع يمنع المقاصة بما لا يجوز الا عند حلول الأجل كالمقاصة بالدنانير والدراهم ووجه القول الثاني انه اذا كان الاجلان واحدا كان ذلك بمنزلة حلولهما لان الذمتين تبرآن منهما دون زيادة من أحدهما (مسئلة) فان حل من الأجلين أجل القرض ولم يحل أجل السلم لم يجز ذلك أيضا لما قلنا وان حل أجل السلم ولم يحل أجل القرض لم يجز عند ابن القاسم وجوزه أشهب وجه ما قاله ابن القاسم ان هذا مقاصة بما حل فيما لم يحل فوجب أن يكون بيعا كما لو لم يحل أجل السلم ووجه قول أشهب ان القرض لما لم يلزم أجله المقترض كان بمنزلة الحال والمشهور من قول أشهب أن المسلف لا يجبر على قبض القرض قبل الأجل وعن ابن القاسم انه يجبر فكان

يجب أن تجوز هذه المسئلة على أصول ابن القاسم ولا تجوز على أصل أشهب غير أن ابن القاسم أكثر تمسكا بأصله لان الاجل وان لم يلزم المتسلف فهو يلزم المسلف (مسئلة) وأما ما اشترى جزافا فان استيفاءه بتمام العقد فيه لانه ليس فيه توفية أكثر من ذلك ويتخرج فى ذلك مذهبان أحدهما ان الحديث بالمنع من بيع الطعام قبل استيفائه عام فيه وفى المكيل الأأن الاستيفاء فيه بتمام العقد عليه والثانى انه لا يتعلق به المنع والحديث خاص فى المكيل الذى فيه حق التوفية ولذلك قال صلى الله عليه وسلم حتى يستوفيه ولم يقل حتى ينقله أو يأخذه فعلق هذا الحكم بما ثبت له حكم الاستيفاء وهو المكيل والموزون والمعدود وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المبسوط من اشترى طعاما مصبرا جزافا فانه لا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه من بائعه منه أو من غيره نقده الثمن أو لم ينقده بأكثر من الثمن أو أقل أو بمثله ومما يدل على ذلك ان من اشترى تمرا فى رؤس النخل فلا بأس أن يبيعه قبل جده وان كان استيفاؤه لم يوجد لاتفاقنا مع الشافعى على ثبوت حكم الجائحة فيه وقد روى الوقار عن مالك انه لا يجوز بيع شئ من المطعومات بيع على الكيل أو الوزن أو العدد أو على الجزاف قبل قبضه وبه قال أحمد بن حنبل والثورى (مسئلة) ومن ابتاع لبن غنم بأعيانها شهرا فأراد بيعها قبل أن يحلبه نهى عنه ابن القاسم وأجازه أشهب واختار محمد النهى قال لانه فى ضمان البائع حتى يقبض فهو من بيع ما لم يضمن من الطعام وجه قول أشهب انه لم يبق على البائع فيه حق توفية كالثمرة فى رؤس النخل والفرق على قول ابن القاسم بينها وبين الثمرة فى رؤس النخل انها ليست فى ضمان البائع على الاطلاق وانما هى من ضمانه على وجه مخصوص مختلف فيه

(الباب الرابع فى تمييز ما يصح قبض البيع الثانى)

أما قبض المسلم اليه الطعام من نفسه باذن المسلم فلا يجوز أن يباع به وكذلك قبض زوجته أو عبده أو مدبره أو أم ولده الأأن يكون ولده الكبير الذى قد بان بالحيازة عنه فلا بأس بذلك قاله ابن القاسم فى المدونة ولو استوفى كيلة منه ثم تركه عنده أو عند غيره جاز له أن يبيعه قبل أخذه منه قاله مالك فى المبسوط ووجه ذلك انه لو استوفاه وتركه عنده وديعة واستيفاء من وهب أو تصدق به عليه أو قرضه يبيح له بيعه لانه قد حل محل من كان له وبالله التوفيق ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال كنا فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه ﴾ ش قوله كنا نؤمر بانتقاله الى مكان سواه قبل أن نبيعه معناه والله أعلم انه اشتراه جزافا وقد ورد ذلك مفسرا ورواه ابن شهاب عن سالم عن أبيه قال رأيت الذى يشترى الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى يؤووه الى رحالهم فلما كان الاستيفاء فى بيع الجزاف يتم بتمام اللفظ بالبيع وقد رأيت لابن عبدوس فى المجموعة ما يقتضى هذا الانه روى عن مالك فمن ابتاع تمر عدد نخلات بلا كيل ان له بيع ذلك قبل جده لانه قد صار فى ضمانه بالبيع فذلك قبض فاقتضى قوله ان تمام البيع هو القبض وأما التخلية بينه وبين المتاع فليست من باب التوفية وانما هى من باب تركه منع ذى الحق من حقه وقد قال القاضى أبو محمد انه يجوز له بيعه فأشار الى ان التخلية على التوفية فعلى هذا يكون معنى ضربهم على المنع من بيعه حتى ينقلوه الى رحالهم ليتبين الاستيفاء بعد وجود التوفية بالتخلية فشرع نقله من مكانه ليفصل بين البيعتين عمل ظاهر فيه بعض أفعال الكيل لان الكيل فيه أيضا نقل من مكان الى مكان الا انه نقل يلزم البائع ولم يبق فى الجزاف على البائع عمل فجاز لذلك بيعه كما يجوز بيع الثمار على رؤس

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال كنا فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه

النخل لمن اشتراها قبل أن يجدها وانما بقي فيه العمل على المبتاع أن ينقله قبل أن يبيعه وهذا لما كان حقا على المبتاع لم يبطل البيع ولذلك لم يكن له تعلق بالبائع وقد روى في المبسوط ابن القاسم عن مالك ما تقدم من جواز بيع الصبرة لمن اشتراها قبل أن يقبضها ومنع من ذلك أبو حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا ولانه لم يوفه حق توفيته فجاز بيعه كالمكيل بعد الكيل وحكى القاضي أبو محمد ان مالكا استحب أن يباع بعد نقله ليخرج من الخلاف وعندي في هذه المسئلة ان مالكا انما تكلم على صحة العقد والعقد صحيح لما ذكرناه ولم يتكلم على ما يلزم المشتري من تقديم نقله ويجب أن يتقرر المذهب على انه ليس بلازم له ليخرج بتركه ويلزم الامام أن يمنع منه فان فات بعقد البيع لم يرد لصحة العقد وبالله التوفيق وقد روى في المدنية ابن نافع عن مالك انه كره لمن اشترى الطعام جزافا أن يبيعه بنظرة قبل أن ينقله قال مالك لانه بلغني ان ابن عمر كان يقول ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث الينا اذا اشترينا الطعام جزافا لا تبيعوه مكانه الذي اشتريتموه فيه حتى ينقله الى مكان سواه قال مالك تفسيره أن يبيعه بالدين قال ابن القاسم كان يستحب ذلك ولا يراه حراما وان وقع جاز وما قدمناه فيه ظاهر محتمل وفي كتاب أبي القاسم الجوهري باثر هذا الحديث انما هو في تلقي الركبان وهذا أيضا يحتمل فيكون معناه ان من اشتراه في موضع غير سوق ذلك الطعام فلا يبيعه ممن يلقاه قبل أن يبلغ به السوق وقولهم انما يرجع الى صحة العقود دون ما على البائع الثاني ذلك فانهم لم يتعرضوا الذكره والله أعلم وأحكم وقد تقدم من رواية يحيى بن زكريا الوقار أن ذلك لا يجوز والله أعلم وأحكم ص * مالك عن نافع ان حكيم بن حزام ابتاع طعاما أمر به عمر بن الخطاب للناس فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فرده عليه وقال لا تبع طعاما ابتعته حتى تستوفيه * ش قوله ان حكيم بن حزام ابتاع طعاما أمر به عمر بن الخطاب للناس يحتمل أن يكون أمر به ابتداء بغير عمل استحقوه لذلك فجاز لهم بيعه قبل قبضه وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك فيما فرض عمر بن الخطاب رضي الله عنه لازواج النبي صلى الله عليه وسلم من الأرزاق من طعام فلا بأس ببيع مثل هذه الأرزاق قبل قبضها وكذلك طعام الجار فعلى هذا انما نهاه عمر بن الخطاب عن بيعه لانه صار اليه بالابتياع ولا يجوز له بيعه قبل قبضه ولم ينهه عن شرائه لانه لم يصر الى ان من باعه منه معاوضة ويحتمل أن يكون أمر لهم به على عمل استحقوه به فقبضوه ثم ابتاعه منهم حكيم بن حزام فباعه قبل قبضه فعلى هذا ابتياعه جائز مباح وبيعه ممنوع ويحتمل أن يكون أمر لهم به لعمل عملوه فباعوه منه قبل قبضه ثم باعه حكيم قبل قبضه أيضا فعلى هذا ابتياعه ممنوع وبيعه ممنوع وقد قال ابن حبيب في واضحته ما كان من أرزاق القضاة أو الكتاب أو المؤذنين وأصحاب السوق من الطعام فلا يباع حتى يقبض وما كان من صلة أو عطية من غير عمل فذلك جائز

(فصل) وقوله فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فرده عليه يريد انه رد بيعه قبل استيفائه فقبضه مبتاعه فان كان البيعتان ممنوعتين فقد ردهما وان كان بيع حكيم بن حزام هو الممنوع خاصة رد وذلك انه ان كان لم يغب المبتاع عن الطعام نقض البيع بينهما وأخذ مبتاع الطعام الثمن ان كان قضاه وبقي الطعام لبائعه وان كان قد غاب عليه لرد مثله وأخذ ثمنه ولو كان مبتاعه قد غاب فلم يقدر عليه لرد ففي الموازية عن ابن القاسم يؤخذ الثمن من البائع فيبتاع به مثل طعامه فان قصر عن مقدار طعامه كان له أن يبيع الغائب بما نقص وان فضل شيء وقف للغائب يأخذه ان جاء وان كان كفافا أجزأ بعضها

* وحدثني عن مالك عن نافع أن حكيم بن حزام ابتاع طعاما أمر به عمر بن الخطاب للناس فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فرده عليه وقال لا تبع طعاما ابتعته حتى تستوفيه

من بعض ص ﴿مالك أنه بلغه أن صكوكا خرجت للناس فى زمان مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا أتحل بيع الربا يا مروان فقال أعوذ بالله وماذاك فقالا هذه الصكوك تبايعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فبعث مروان بن الحكم الحرس يتتبعونها ينزعونها من أيدى الناس ويردونها الى أهلها﴾ ش قوله ان صكوكا خرجت للناس فى زمن مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم الصكوك الرقاع مكتوب فيها أعطيات الطعام وغيرها مما تعطيه الأمراء الناس فنها ما يكون بعمل كأرزاق القضاة والعمال ومنها ما يكون بغير عمل كالعطاء لاهل الحاجة وقد روى أشهب عن مالك فى العتبية جواز بيع طعام الجار وذهب فى ذلك الى أنه عطاء بغير عمل وقد قال ابن حبيب فى الواضحة فى النهى عن بيع صكوك الجار وهى عطايا من طعام انما نهى مبتاعها وعلى هذا التأويل انما أنكر زيد بن ثابت ومن معه بيع المبتاع لها ولم ينكر الابتياع ممن خرجت له الصكوك لما ذكرناه على أن لفظه يحتمل الأمرين لان قوله هذه الصكوك تبايعها الناس ثم باعوها فظاهر هذا اللفظ يقتضى كراهية الجمع بين الأمرين غير أن قوله فى آخر الحديث فبعث مروان بن الحكم الحرس ينتزعونها من أيدى الناس ويردونها الى أهلها يقتضى أنها ترد الى من خرجت له لانهم أهلها فاقتضى ذلك نقض البيعتين ولو نقض الثانى خاصة لقال يردونها الى من ابتاعها من أهلها

(فصل) وقوله أتحل الربا يا مروان على سبيل الاغلاظ مع علمه باحتمال مثل هذا منه لما ظهر من ذلك وشاع فدرأنه قد بلغه ذلك أو قد كان يجب أن يبلغ فى مثل حاله واهتبل بأحوال المسلمين وسائر وسأل عن أديانهم فى بياعاتهم وغيرها وقول مروان أعوذ بالله من ذلك على سبيل التنصل والتبرى من احلال الربا ثم سأله عن سبب قوله فأخبره ان الصكوك التى أنفذها للناس بالجار ابتاعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فنص على أن هذا معنى الربا الذى أنكر احلاله وإباحته للناس لان هذا بيعتان فى طعام لم يتخللهما استيفاء وما يخرج فى الصكوك لا يكون الا مكيلا من الطعام

(فصل) وقوله فبعث مروان الحرس ينتزعونها من أيدى الناس يردونها الى أهلها يقتضى نقض تلك البياعات فان حمل على ظاهره من أنها كانت ترد الى من خرجت الصكوك باسمه فقد نقض البيعتين بيع من اشترى منهم وبيع من اشترى ممن اشترى منهم ولا خلاف أنه لا يلزم بمجرد بيع الطعام قبل استيفائه الا نقض البيع الثانى على ما قدمناه فان كان من أهل العينة يقول أحدهما لصاحبه تعال أبتاع لك قفيز حنطة بدينار على أن أبيعه منك بدينارين وقد قال فى العتبية ابن القاسم فيمن قال لرجل اشتر هذه السلعة بعشرة تنقدها وهى على بعشرين ابتعاها على الآمر ففعل فهذا زيادة فى السلعة ويفسخ البيع ما لم يفت فان فاتت لزمت الآمر بعشرة وسقط ما زاد قال ابن حبيب ان وقع لزمت السلعة الآمر بعشرة فيؤمر بأن يعطيه عشرة معجلة ويعطيه جعل مثله انما يبطل البيع الثانى فهذا على تأويل قوله يردونها الى أهلها الى من خرجت باسمه ويحتمل أن يريد بأهلها مستحق رجوعها اليه فترد حينئذ على هذا التأويل الى من ابتاعها أولا وبالله التوفيق ص ﴿مالك أنه بلغه أن رجلا أراد أن يبتاع طعاما من رجل الى أجل فذهب به الرجل الذى يريد أن يبيعه الطعام الى السوق فجعل يريه الصبر ويقول له من أيها تحب أن أبتاع لك فقال المبتاع أتبيعنى ما ليس عندك فأتيا عبد الله بن عمر فذكرا ذلك له فقال عبد الله بن عمر للمبتاع لا تبتع منه ما ليس عنده وقال البائع

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن صكوكا خرجت للناس فى زمان مروان ابن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها فدخل زيد ابن ثابت ورجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا أتحل بيع الربا يا مروان فقال أعوذ بالله وماذاك فقال هذه الصكوك تبايعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فبعث مروان بن الحكم الحرس يتتبعونها ينزعونها من أيدى الناس ويردونها الى أهلها * وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن رجلا أراد أن يبتاع طعاما من رجل الى أجل فذهب به الرجل الذى يريد أن يبيعه الطعام الى السوق فجعل يريه الصبر ويقول له من أيها تحب **ان ابتاع لك** فقال المبتاع **أتبيعنى** ما ليس عندك فأتيا عبد الله ابن عمر فذكرا ذلك له فقال عبد الله بن عمر للمبتاع لا تبتع منه ما ليس عنده وقال البائع

لاتبع ماليس عندك ﴾ ش قوله فى رجل أراد أن يبتاع طعاما من رجل الى أجل يحتمل أن يريد به انه وصف له طعاما ظن المبتاع انه عنده أو أراه طعاما ظن انه عنده أو قال له فى الجملة أنا أبيع منك طعاما فاعتقد المبتاع انه عنده وظن هو أن يبيع ماليس عنده فذلك جائز ولو علم المبتاع أولا انه يبيعه ماليس عنده لأنكر عليه كما أنكره حين تبين له ذلك وأما اذا أراه عين طعام فباعه قدرا منه والمبتاع يعتقد انه عنده ففى كتاب ابن المواز سحنون من سؤال حبيب فمن عرض قمحا أو زيتا فى يده منه فجاوبه رجل منه على أقفزة معلومة ثم قال ماعندى منه شئ أو هو لغيرى وأبى أن يبيع فقال ان أقام بينة انه لاشئ عنده منه وانه لغيره أولا لزمه أن يأتى بالأقفزة التى باع منه ووجه ذلك أن بيعه منه لقدر معلوم اقرار منه بأنه يملكه ويقدر على الاتيان به وقد استحق عليه ذلك بالابتياع منه فليس له الرجوع عن ذلك لان عقد البيع لازم الا أن يظهر من عدم ملكه له مافيه براءة له وبالله التوفيق (فصل) وقوله فذهب به الرجل الى السوق فجعل يريه الصبر ليبتاع له من أيها يحب فتبين للمبتاع بذلك انه انما باع منه ماليس عنده ولو كان له لما احتاج أن يبتاعه فأنكر ذلك عليه وقال اتبيعنى ماليس عندك وذلك ان بيع ماليس عند الرجل على وجه البيع لايجوز لان المبيع على ضربين معين وهو الذى ينطلق عليه اسم المبيع فلا يجوز الا أن يكون معينا كالثوب أو الدابة أو العبد أو معينا بالجملة مثل أن يكون قفيزا من هذه الصبرة وأما ما كان فى الذمة فاسم السلم أخص به فانه يتعلق بالذمة ولا يجوز أن يكون معينا ولا حالا وسيأتى بيانه بعد هذا ان شاء الله ويتعلق المنع ببيع ماليس عنده بالوجهين جميعا فأما فى السلم فانه يخرج عن حكم السلم ويدخله المنع اذا كان معجلا أو كان معينا ليس عنده وأما البيع فانه أيضا ممنوع من تعلقه بماليس عنده لانا قد قلنا انه يجب أن يكون معينا ويكون فى ملكه فان لم يكن فى ملكه وكان معينا لم يصح لما فيه من الغرر لانه لايمكنه تخليصه واذا لم يقدر على تخليصه لم يمكنه تسليمه ومالا يمكن تسليمه لايصح بيعه ولذلك لم يجز بيع العبد الآبق والجمل الشارد والطائر فى الهواء والسمك فى البحر وغير ذلك مما لا يمكن تسليمه والدليل على ذلك ماروراه أبو عبد الرحمن أخبرنا زياد بن أيوب أخبرنا هشيم أخبرنا أبو بشر عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام قال سألت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله يأتى الرجل يسألنى البيع ليس عندى فأبيعه منه ثم أبتاعه من السوق قال لاتبع ماليس عندك وهذا عندى أشبه اسنادا ورد موصولا لهذا المتن والله أعلم (مسئلة) وأما ماعنده فانه على ضربين أحدهما أن يكون غائبا والثانى أن يكون حاضرا فأما العين الغائبة فقد تنعقد المعاوضة فيها على وجهين أحدهما على وجه المغابنة والمكايسة والثانى على وجه المكارمة والتفضل فأما ما كان على وجه المغابنة والمكايسة فانه لايصح ذلك الا بصفتها أو برؤية متقدمة فيها فان كان بالصفة المستوعبة لمعانيها جاز ذلك فى جميع المبيعات ويجئ على قول ابن القاسم الذى يقول لايجوز السلم فى تراب المعادن أن لايجوز بيعه بالصفة لأنه قال لايحاط بصفته ومنع الشافعى بيعه بالصفة وسيأتى الكلام عليه عند ذكر بيع البرنامج ان شاء الله تعالى (مسئلة) واذا قلنا انه يجوز بيعه على الصفة فقد قال القاضى أبو محمد ان الذى يحتاج اليه من ذلك كل صفة مقصودة تختلف الاغراض باختلافها وتتفاوت الاثمان بوجودها وعدمها ولا يكفى فى ذلك ذكر الجنس والعين فقط لأن بيع الملامسة لايعرى من رؤية العين ومعرفة الجنس ومع ذلك لايجوز وأما الرؤية المتقدمة فقد قال ابن القاسم فى المدونة ان كانت تقدمت رؤيته لها بأمد قريب فان ذلك جائز وان كانت بأمد بعيد يعلم ان تلك السلعة أو

لاتبع ماليس عندك

الحيوان لا يبلغه الا بعد التغير فلا يجوز ذلك الا أن يقول البائع انها على الصفة التى رأيتها (فرع) اذا ثبت ذلك فانه لا يخلو أن يكون بعيد الغيبة أو قريبها فان كان بعيد الغيبة لم يجز بيعه على شرط النقد على ما قدمناه من منع الذرائع لأنه ان سلم الى الاجل وكان على الصفة كان بيعا وان لم يسلم أو لم يكن على الصفة رد رأس المال فكان سلفا فلما اجتمع فيه هذان الوجهان من الغرر لم يجز الا أن يكون المبيع أرضا أو عقارا فانه يجوز بيعه بالصفة على شرط النقد وذلك أن السلامة فيها هى الغالبة فذهب الغرر من جهة ما يتوقع عليها وانما الغرر فيها من جهة واحدة وهى المخافة من مخالفة الصفة وقد قال مالك انما النقد فيها اذا كان الواصف غير البائع (فرع) فاذا قلنا بجواز البيع فى الاعيان الغائبة البعيدة على الصفة فمن ضمان من هى اختلف قول مالك فيها فمرة قال انها من ضمان المبتاع حتى يشترطه على البائع ثم رجع عن ذلك وقال من ضمان البائع حتى يشترطه على المبتاع قال ذلك ابن القاسم فى المدونة زاد القاضى أبو محمد عنه رواية ثالثة وهى أن ضمان الحيوان والمأكول وما ليس بمأمون على البائع وضمان الدور والعقار على المشترى فجعل هذه المقالة مقالة ثالثة والذى عندى أنها هى المقالة الثانية استثنى فيها الدور والعقار من سائر المبيعات فى الضمان وعلى ذلك رواها ابن القاسم وبينها فى غير موضع قال القاضى أبو محمد وجه الرواية الاولى أن الاصل السلامة مع كونه متميزا عن ملك البائع لا يتعلق به حق توفية فكان ضمانه من المشترى وذلك اذا علم أن الصفة صادفته حتى سلم ثم تلف من بعد ووجه الرواية الثانية أن على البائع توفية المشترى ما اشتراه فلما لم يوفه لم يستحق عليه العوض والتلف منه لأنه لم يحصل بيد المشترى ووجه التفرقة بين المأمون وغير المأمون أن المأمون على ظاهر السلامة فيجب أن يكون ضمانه من المشترى كالحاضر ولأن النقد لما جاز فى غير المأمون دون غيره دل على افتراقهما فى حكم الضمان (مسئلة) وأما ان كان قريب الغيبة فانه يجوز النقد فيه بالشرط لأنه لا ينفى الا أحد وجهين المخافة وهى مخالفة الصفة وهذا من معنى التدليس بالعيب فلا يمنع اشتراط النقد وقد قال ابن القاسم فى المدونة اذا كان المبيع الغائب على مسيرة اليوم واليومين ونحوه جاز النقد فيه طعاما كان أو غيره

(فصل) وأما ان كانت المعاوضة على وجه المكارمة والمواصلة مثل أن يوليه ما اشترى فى يومه ولا يصفه ولا يذكر جنسه من الرقيق والدواب أو العروض على اختلاف أنواعها مثل أن يقول اشتريت اليوم شيأ رخيصا فيقول أرنى اياه فيقول نعم ففى المدونة من قول ابن القاسم يلزم البائع ويكون المبتاع بالخيار وهذا لأن مقتضى التولية المكارمة ولا غرر فى هذا العقد لأن البائع قد علم صفة ما باع فلا غرر عليه والمبتاع بالخيار فلا غرر عليه أيضا (مسئلة) وهذا اذا كان بلفظ التولية فأما اذا كان بلفظ البيع أو بغير ذلك الثمن فلا يجوز الا ان يشترط له الخيار ووجه ذلك أن مقتضى البيع المغابنة والمكايسة ومثل هذا من العقود لا يصح أن ينعقد فيما جهلت صفته وجنسه فاذا شرط الخيار فقد صرح بالمكارمة وسلمت جنبة المبتاع من الغرر ذكر ذلك كله ابن القاسم فى المدونة والى القرب من هذا أشار أبو حنيفة فقال انه يجوز بيع الاعيان الغائبة وللمبتاع خيار الرؤية (فرع) اذا ثبت ذلك فمن ابتاع عينا غائبة بصفة فوجدها على تلك الصفة لزمته ولا خيار له الا أن يشترطه قاله مالك فى المدونة ووجه ذلك أنه بيع موصوف وجد على صفته فلم يثبت فيه خيار الرؤية كالمسلم فيه وقال القاضى أبو محمد لا يجوز بيع عين غائبة بعدم رؤية ولا صفة وان شرط خيار الرؤية وذكر عن الشيخ أبى بكر عن أصحابنا أنهم يقولون ان ذلك خارج عن الاصول والى

هذا مذهب الشافعي وجه القول الاول نقص شرطه ووجه القول الثاني أن هذا بيع مجهول الصفة عند العاقد حال العقد فلم يصح بيعه كالسلم اذا عرا عن الوصف

(فصل) وقوله للمبتاع لا تبع ما ليس عندك يريد انه لما كان هو القائل بالمنع من هذا البيع لما فيه من تصديقه ثم عطف على البائع فقال له لا تبع ما ليس عندك على وجه النهي له والاخبار بان ما اعتقد قبل ذلك من جواز البيع فيه ليس بصحيح وهذا كله يدل على أنه لم ينعقد بينهما بيع لأنه لم يأمرهما بفسخ ولا رد وانما نهى عن أمر مستقبل ولو وقع منهما بيع لأمرهما أو لا برده ثم اما ان يقتصر على ذلك أو يتبعه النهي عن مواقعة مثله في المستقبل وقد روى عيسى في المدنية سألت ابن القاسم عن العينة المكروهة والعينة الجائزة فقال ابن القاسم العينة المكروهة أن يأتي الرجل ليبتاع منه طعاما أو حيوانا أو عروضا أو متاعا الى أجل فيقول ليس عندي ولكن ار بحني كذا وكذا وأشتريه لك فاذا اتفقا على الربح اشترى ذلك فهذه العينة المكروهة لأنه أعطاه ذهبا بأكثر منها الى أجل قال ابن القاسم لو قال له ما عندي ثم ذهب فاشترى مثل ذلك المبتاع ثم لقيه بعد ذلك فقال عندي ما تحب فتعال أبيعك قال مالك ان لم يكن الا هذا فلا بأس به ان لم يكن مواعدة أو عادة يعرض له بها ولا أحب أن يقول له ارجع الي قال مالك ولو سأله أن يشتري متاعا يبتاعه منه الى أجل ولم يتراوضا على ربح فلقيه بعد ذلك فبايعه على ربح رضيا لم يكن في أصل كلامهما لكان مكروها قال ولا أفسخ بيع هذا ولا الذي يقول ارجع الي ففي ذلك ثلاث مسائل اذا قال له تعال اشتر به لك وتربحني كذا ويتفقان على ذلك فهذا لا يجوز وان وقع ردوالثانية أن لا يتفقا على ربح الا انه يقول له ارجع الي أو يقول له سأفعل ولا يوافقه على ربح مقدر فهذا مكروه لما فيه من مضارعة الحرام ومشابهته وخوف المواعدة أو العادة فيه فهذا يكره ابتداء وان وقع لم يفسخ لانه انما اشترى في الظاهر لنفسه لانه لم يوافقه قبل ذلك ولم يعقد معه عقدا يلزمه أحدهما المالم يقرر اربحا والثالثة لا يراجعه بشيء يطعمه ولا يتعلق به ثم يشتري لنفسه فهذا مباح وهو بمنزلة من يشتري سلعة عرف نفاقها ورجا حرص الناس على شرائها وقد قال ابن القاسم في المدنية ان العينة الجائزة أن يشتري الرجل المتاع والحيوان والدواب والعروض ويعدها لمن يشتريها منه ولا يواعد في ذلك أحدا بعينه وانما يعدها لكل من جاء يطلب الابتياع منه بنقد والى أجل فهذه عينة جائزة لا كراهية فيها ص ✽ مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع جميل بن عبد الرحمن المؤذن يقول لسعيد بن المسيب اني رجل أبتاع من الأرزاق التي يعطى الناس بالجار ماشاء الله ثم أريد أن أبيع الطعام المضمون علي الى أجل فقال له سعيد أتريد أن توفيهم من تلك الأرزاق التي ابتعت فقال نعم فنهاه عن ذلك ✽ ش قول جميل بن عبد الرحمن اني رجل أبتاع من الأرزاق التي يعطى الناس بالجار ماشاء الله يريد انه يبتاعها من أربابها الذين خرجت لهم الصكوك بها اما على صفة يصفونها أو على عادة عرفوها من طعام الصكوك تقوم مقام معرفة الجنس والصفة فقد يكون الطعام الكثير المجلوب من بلد يجتمع في موضع فتتفق أجزاؤه وتتقارب فينقل منه الاجزاء والاحمال وما يعرف به جنسه الى ما يقرب منه من البلاد كالمدينة على ساكنها أفضل الصلاة وأتم السلام من الجار وما جرى مجرى ذلك فكان جميل بن عبد الرحمن يشتريها منهم على هذا الوجه والله أعلم وأحكم ثم كان يأخذ من الناس سلما في طعام على تلك الصفة وهو ينوي أن يوفيهم منه وهذا يحتمل وجهين أحدهما أن يحملهم على من عنده ذلك الطعام يأخذ المسلم اليه ذلك منه عند الأجل فهذا الاخلاف في منعه لانه بيع الطعام قبل استيفائه لان جميل بن

✽ وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع جميل بن عبد الرحمن المؤذن يقول لسعيد بن المسيب اني رجل ابتاع من الأرزاق التي تعطى الناس بالجار ماشاء الله ثم أريد أن أبيع الطعام المضمون علي الى أجل فقال له سعيد أتريد أن توفيهم من تلك الأرزاق التي ابتعت فقال نعم فنهاه عن ذلك

عبد الرحمن قد ابتاعه ثم أراد أن يبيعه ثم يستوفيه المبتاع ممن هو عنده قبل أن يقبضه هو والثانى أن يبيعه من المسلم وهو ينوى أن يقبضه و يوفيه اياه ففى المدونة وغيرها عن ابن القاسم فيمن ابتاع طعاما بعينه أو بغير عينه لا يبيعه حتى يقبضه ولا يواعد فيه أحدا ولا يبيع طعاما ينوى أن يقبضه منه ورواه فى المدنية أصبغ عن ابن القاسم عن مالك وقال أشهب فى المجموعة عن مالك هو جائز ولا تضره النية كما لو اشترى طعاما ينوى أن يقتضى منه ما عليه وجه القول الاول انه قد وجد بيع الطعام قبل استيفائه لانه قد والى فى هذا الطعام عقدى بيع لم يفصل بينهما قبض وانما يكون القبض بعد العقدين وهذا عندى انما يحرم على البائع فى خاصته ولا يفسخ بهذا عقد التبايع الا أن يكون شرط ذلك على المشترى و بينه له فهذا محض بيع الطعام قبل استيفائه وهذا لا يجيزه أشهب ولا غيره وجه القول الثانى أن من كان عليه طعام ولم تسكن به حاجة الى شراء طعام لا يقبضه لم يضره أن ينوى بشراء ما عليه من الطعام أن يوفى طعاما قد ثبت عليه من سلم والأظهر عندى جوازه وقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم فى المدنية سألت ابن القاسم عما كره سعيد بن المسيب لجميل بن عبد الرحمن حين نهاه أن يوفيهم من الأرزاق التى ابتاع فقال كره الاضمار حين أضمر أن يعطيهم منه واتقى فيه بيع الطعام قبل استيفائه (مسئلة) واذا قلنا بقول ابن القاسم ففى الواضحة انه لا ينبغى للطالب أن يراوده على طعام يبتاعه لقضائه أو يسعى له فيه أو يعينه عليه أو يجعل له فيه قال نهى عنه مالك والله أعلم ص ﴿ مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذى لا اختلاف فيه انه من اشترى طعاما برا أو شعيرا أو سلتا أو ذرة أو دخنا أو شيأ من الحبوب القطنية أو شيأ مما يشبه القطنية مما يجب فيه الزكاة أو شيأ من الادام كلها الزيت والسمن والعسل والخل والجبن واللبن والشيرق وما أشبه ذلك من الادام فان المبتاع لا يبيع شيأ من ذلك حتى يقبضه و يستوفيه ﴾ ش وهذا كما قال ان ما ذكر من المقتات لا اختلاف فى انه لا يجوز بيعه قبل استيفائه وان ذلك مجمع عليه وانما اختلف الناس فيما عدا ذلك وانما قصده هنا أن يذكر المتفق عليه وقد ذكر قبل هذا ان جميع المطعوم لا يجوز بيعه قبل استيفائه وهو المشهور عنه وقد تقدم الكلام فيه بما يغنى عن اعادته

﴿ ما يكره من بيع الطعام الى أجل ﴾

ص ﴿ مالك عن أبى الزناد انه سمع سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ينهيان أن يبيع الرجل حنطة بذهب الى أجل ثم يشترى بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب * مالك عن كثير بن فرقد انه سأل أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن الرجل يبيع الطعام من الرجل بالذهب الى أجل ثم يشترى بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب فكره ذلك ونهى عنه * مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك ﴾ ش قوله فى الترجمة ما يكره من بيع الطعام الى أجل ثم أدخل بعد ذلك حديث سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وأبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وليس فيه كراهية بيع الطعام الى أجل وانما فيه كراهية أخذ المطعوم من ثمنه لما فى ذلك من النساء فى بيع الطعام بالطعام وأما بيعه بالنسيئة فلا كراهية فيه ولكنه يحتمل ذلك وجهين أحدهما على قولنا ان عقدى الذريعة اذا منع منهما لانهما فى صورة العقد الواحد المحرم فانه يجب نقضهما اذا باع حنطة بدراهم الى أجل ثم أخذ بثمن الحنطة تمرا فهو فى صورة بيع الحنطة بالتمر الى أجل وذلك مفسد فهذا بيع الطعام الى أجل على وجه مكروه والوجه الثانى أن يريد بذلك ان بيوع الطعام مختلفة منها ما يجوز ومنها ما لا يجوز وان هذا انما

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذى لا اختلاف فيه انه من اشترى طعاما برا أو شعيرا أو سلتا أو ذرة أو دخنا أو شيأ من الحبوب القطنية أو شيأ مما يشبه القطنية مما تجب فيه الزكاة أو شيأ من الأدم كلها الزيت والسمن والعسل والخل والجبن والشيرق واللبن وما أشبه ذلك من الأدم فان المبتاع لا يبيع شيأ من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه

﴿ ما يكره من بيع الطعام الى أجل ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن أبى الزناد انه سمع سعيد بن المسيب وسليمان ابن يسار ينهيان أن يبيع الرجل حنطة بذهب الى أجل ثم يشترى بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب * وحدثنى عن مالك عن كثير بن فرقد انه سأل أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن الرجل يبيع الطعام من الرجل بذهب الى أجل ثم يشترى بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب فكره ذلك ونهى عنه * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك

لايجوز منها أن يباع بدراهم الى أجل ثم يأخذ بالدراهم تمرا فانا أعتقد انه قصد بيع حنطة بالدراهم الى أجل فبيعه لطعامه على ذلك بيع مكروه لأجل الأجل ولولا الأجل ماحرم لانه لو باعه بثمن ثم أخذ فيه تمرا قبل أن يفترقا لكان الأظهر عندي جوازه والله أعلم وأحكم

(فصل) ونهيهم عن أن يبيع الرجل حنطة ويقبض بثمنها بعد افتراقهما تمرا قبل أن يستوفيه انه من بيع الطعام بالطعام الى أجل وفي ذلك مسئلتان احداهما انه لايجوز بيع الطعام بالطعام نساء والثانية انه اذا باع طعاما لم يأخذ من ثمنه طعاما فأما المسئلة الاولى فانه لايجوز بيع الطعام بالطعام إلا يدا بيد سواء كان من جنس واحد أو من جنسين مقتات أو غير مقتات وقد تقدم ذكره

(مسئلة) ومن باع مطعوما بثمن لم يجز أن يأخذ من ثمنه طعاما الا في المجلس الذي وقع فيه البيع الأول فان كان البيع الأول الى أجل أو بالنقد فافترقا من ذلك المجلس لم يجز بعد ذلك أن يأخذ به طعاما وبه قال أبو حنيفة وأجاز الحسن وابن سيرين والثوري والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه أن يأخذ عند حلول الأجل من ثمن الطعام طعاما اذا لم يفارقه حتى يقبض والدليل على ما نقوله أن هذا أخذ بالطعام طعاما غير يد بيد فلم يجز أصل ذلك اذا باعه الطعام بالطعام وافترقا قبل التقابض

(فرع) وهذا على ضربين أحدهما أن يأخذ من غير صفة الطعام الذي باع والثاني أن يأخذ من صفته فأما أخذه من غير صفته فسيأتي ذكره وأما ان أخذ منه طعاما على صفته في الجنس والنوع والجودة فلا يخلو أن يأخذ مكيلة ما باع أو أكثر أو أقل فان أخذ مكيلته جاز لانه انما يئول الى القرض وهو جائز أن يسلف اردبا من حنطة في مثله وتحقيق هذا ان كل ما جاز لك أن تدفع فيه المبيع أولا الى أجل فانه يجوز أن تأخذ من ثمنه وما لا يجوز لك أن تدفعه فلا يجوز لك أن تأخذه من ثمنه وهذا يقتضي أن المنع منه انما هو للذريعة لانه نفس الحرام (فرع) وان كان مقدار ما أخذ أكثر من مقدار ما باع لم يجز لانه يئول الى ان دفع اردب حنطة وأخذ عوضا منه بعد مدة أردبين من صفته وذلك غير جائز وان كان أخذ أقل منه ففي كتاب محمد اختلف قول مالك فأجازه مرة وبه قال أشهب وأباه أخرى وهو الذي في المدونة فوجه اجازته ضعف التهمة في تسليف الكثير في القليل من جنسه ووجه المنع منه أن ذلك مقصود في غير العين وما تختلف أسواقه ليكون في ذمة المسلف الى أجل

(مسئلة) وأما ان كانا غير متماثلين وهو أن يختلفا في الجنس كالحنطة والتمر أو في النوع كالحنطة والشعير والمحمولة والسمراء ان في الجودة كالحنطة الجيدة بالرديئة فانه لايجوز ذلك فيهما وان أخذ من الطعام قدر ما أعطى أو أكثر أو أقل لانه خرج عن حكم القرض لما بين العوضين من المخالفة لان من حكم القرض أن يكونا متماثلين فان تجاوز أحدهما للآخر في النوع أو الجودة من غير أن يعقدا القرض عليه جاز ذلك لان عقدهما مبني على المكارمة وليس كذلك في مسئلتنا فانهما تعاقدا على المغابنة والمكايسة فاذا وجد التفاضل في صفة أو نوع أو جنس لم يحمل على القرض لمنافاته لمقتضاه وحمل على ما يوافق مقتضاه فوجب بذلك الفساد ص ﴿ قال مالك وانما نهى سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار وأبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وابن شهاب عن أن لايبيع الرجل حنطة بذهب ثم يشتري الرجل بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب من بائعه الذي اشترى منه الحنطة فاما أن يشتري بالذهب التي باع بها الحنطة الى أجل تمرا من غير بائعه الذي باع منه الحنطة قبل أن يقبض الذهب ويحيل الذي اشترى منه التمر على غريمه الذي باع منه الحنطة بالذهب التي له عليه في ثمن التمر فلا بأس بذلك * قال مالك وقد سألت عن ذلك غير واحد من أهل العلم فلم يروا به بأسا ﴾ ش

* قال مالك وانما نهى سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار وأبو بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم وابن شهاب عن أن لايبيع الرجل حنطة بذهب ثم يشتري الرجل بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب من بائعه الذي اشترى منه الحنطة فأما أن يشتري بالذهب التي باع بها الحنطة الى أجل تمرا من غير بائعه الذي باع منه الحنطة قبل أن يقبض الذهب ويحيل الذي اشترى منه التمر على غريمه الذي باع منه الحنطة بالذهب التي له عليه في ثمن التمر فلا بأس بذلك * قال مالك وقد سألت عن ذلك غير واحد من أهل العلم فلم يروا به بأسا

وهـذا كما قال ان النهى انما توجه من الفقهاء المذكورين الى من باع حنطة بثمن مؤجل ثم أخـذ بثمنها عنـد الأجل من مبتاع الحنطة منه تمرا لان ذلك يقتضى أن يؤول الى انه باع حنطة بتمر الى أجل وذلك غـير جائز لما قدمناه فان لم يشترط ذلك وباع من رجـل حنطة بدينار الى أجـل ثم اشترى منه تمرا عند الأجل بدينار ولم يشترط انه يأخـذه من ثمن الحنطة ففى كتاب محمـد قال مالك لا أحب أن يتقاضيا بعد ذلك ويرد التمر الذى اشتراه وقال ابن القاسم بل يؤدّى دينار التمر ويأخـذ منه ثمن قمحه وان ردّ اليه ذلك الدينار بعينه كما لا تستعمل غريمك بدينك عليه لكن تستعمله بدينار تدفعه اليه ثم يقضيك اياه ووجه قول مالك ان العـقد الثانى هو الذى أدخـل شبهة الذريعة فاذا انقض لم يبق فى العقد الأول ما يفسده ووجـه القول الثانى ان الشبهة انما تتم بالمقاصـة فاذا منعنا المقاصة وأدّى كل واحد منهما ما عليه صح العقدان وهذا انما يستمر على أحد وجهين اما أن تكون المسئلة ممنوعة لنفسها ان من كان له عند رجل ثمن طعام لا يجوز أن يشترى منـه بثمنه تمرا وليس ذلك من وجه الذريعة فتـكون المقاصة حينئذ ممنوعة للذريعة والوجـه الثانى أن تكون المسئلة فى نفسها ممنوعة للذريعة الى بيع الطعام بالطعام فتكون المقاصة حينئذ ذريعة الى الذريعـة فانما يصح هذا على منع ذريعة الذريعة فأما على تجويز ذريعة الذريعة فيجب أن تصح المقاصة بينهما لاننا انما منعنا أن يأخذ بالتمر تمرا لئلا يكون ذريعة الى بيع حنطة بتمر الى أجل فان منعنا المقاصة فانما نمنعها لانها ذريعة الى أن يأخذ من ثمن الحنطة تمرا والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أحال مشترى الطعام بائعه بثمن الطعام لم يجز للبائع أن يأخذ من المحال عليـه طعاما ولا يجوز له أن يأخـذ منه الا ما يجوز له أن يأخـذ من مبتاع الطعام ماله ووجـه ذلك انه باع طعاما وأخـذ فى ثمنه طعاما كما لو أخذه من المبتاع

(فصل) وقوله فاما أن يشترى بالذهب الذى باع بها حنطة تمرا من غير بائعه قبل أن يقبض الذهب ويحيله على مبتاع الحنطة بالذهب فلا بأس به ومعنى ذلك أن يشترى بقدر ذلك الذهب تمرا ويتعلق الثمن بذمته ثم يحيله به على مبتاع الحنطة فذلك جائز واما أن يشترى منـه بذلك الثمن تمرا حتى لا يتعلق ثمن التمر بذمتـه وانما يكون ثمن التمر ماله من الذهب التى هى ثمن الحنطة على مبتاع الحنطة فما أراه أراد ذلك لانه أخذ من ثمن الحنطة تمرا فكأنه باع من رجل حنطة بتمر له على رجل آخر يحيله عليه ووجه جواز المسئلة التى ذكرها انه اشترى تمرا لم يأخذه من ثمن الطعام وانما اشتراه بعين متعلق بذمته ثم أحاله بذلك التمر على مبتاع الحنطة وذلك فى معنى البيع والفرق بين هـذه المسئلة وبين أن يحيله مبتاع الحنطة بثمنها على رجل فيأخـذ منـه بذلك الثمن تمرا فلم يجوزه وجوز أن يبتاع التمر من أجنبى حتى يتعلق ثمن التمر بذمته مع كون ذمة مبتاع الحنطة مشغولة من ثمن حنطة آل الى تمر لأن ثمن التمر آل الى حنطة وانما وقعت الحوالة فى ثمنهما بعد ثبوتهما فى الذمة عينا وأما الذى أحاله مبتاع الحنطة على رجل فأخذ منه بثمنها تمرا فان ثمن الحنطة نفسه آل الى تمر فيفسد بذلك (فرع) ولو وكلت من يقبض التمر فقبضه فأتلفه جاز لى أن آخـذ منه به طعاما قاله ابن حبيب فى الواضحة والفرق بينه وبين المسئلة التى قبلها ان التهمة تبعد فى ضياع الثمن عنـد الوكيل وتغريمه اياه ووجـه آخر انه اذا ثبت للبائع الثمن عند الوكيل بالتعدى خالف حكم ثمن الطعام والله أعلم (مسئلة) ولو كان لرجل على بائع الحنطة دراهم فأحاله بها على مبتاعها لم يجز للمحال عليه أن يدفع الى المحال الا ما كان يجوز له أن يدفعه الى المحيـل ووجـه ذلك أن مبتاع الحنطة دفع بثمنها حنطة ففسد ذلك من جهته وروى ابن

الموازهذه المسئلة والتى قبلها عن مالك وهما من جهة منع الذريعة ضعيفان لانه يبعد فى التهمة ان أبيع من رجل حنطة ليحيلنى بالثمن بعد انقضاء الأجل على رجل فيأخذ منه به تمرا أو أحيل عليه بالثمن من يأخذ منه به تمرا وقد جوز مالك للمسلمين فى صفقة واحدة أن يقيل أحدهما من حصته من السلم دون الآخر وعلل ذلك بأنه لا يتهم أحد أن يسلف لمبتاع غيره ولعله قد منع ذلك على وجه الكراهية والاستثقال للمسئلة أو يكون منعه منهما لانهما ممنوعتان لأنفسهما لا للذريعة وقد بينا وجه ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان ابتعت منه حنطة بثمن الى أجل فأخذت منه كفيلا فدفع اليك الكفيل الثمن أو دفعه اليك رجل متبرعا كان له أن يأخذ ممن يبتاع الحنطة طعاما من غير صنفه ومن صنفه أقل أو أكثر حكاه ابن المواز عن ابن القاسم وهو فى الواضحة ووجه ذلك ان الوكيل والمتبرع أقرضا المبتاع وقضيا عنه ثمن الطعام والذى لهما عنده ليس بثمن الطعام وانما هو ما أقرضاه ولذلك لم يفتقرا فى الرجوع على المبتاع الى احالة البائع وفى المسئلتين المتقدمتين انما عاملا البائع ووجب لهما قبله ما أحالهما به ولولا احالته ما تبعا المبتاع بدين لهما عليه فصار ما يطلب به المبتاع هو نفس ثمن الطعام (مسئلة) ومن اشترى لك طعاما لا يعرف كيله فان قامت البينة على اتلافه له جاز لك أن تأخذ منه بقيمته طعاما قاله ابن حبيب ووجه ذلك انه اذا ثبت اتلافه له فقد وجبت قيمته فلا تهمة فى أخذك بالقيمة طعاما لان الاتلاف لم يكن باختيار من له الطعام والمتلف قد تيقن لزوم القيمة له ولو غاب عليه اتهم أن يكون أمسكه ودفع به طعاما سواء كان الاتلاف المذكور بعرف أو غيره من انتفاع المتعدى به وبالله التوفيق

﴿ السلف فى الطعام ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال لا بأس أن يسلف الرجل الرجل فى الطعام الموصوف بسعر معلوم الى أجل مسمى مالم يكن فى زرع لم يبد صلاحه أو ثمر لم يبد صلاحه ﴾ ش قوله رضى الله عنه لا بأس أن يسلف الرجل الرجل فى الطعام الموصوف يقتضى أن يكون المسلم فيه موصوفا لان السلف يكون بمعنى القرض ويكون بمعنى السلم فأما القرض فلا يحتاج الى وصف لانه لا يجوز أن يشترط الا مثل ما أعطى فلا يصح أن يريد به ههنا القرض وأما السلم فلا بد أن يكون المسلم فيه موصوفا لانه لا يصح أن يعرف الا بالوصف لانه لا يجوز أن يكون معينا وانما يكون متعلقا بالذمة وهذا لا خلاف فيه وللسلم ستة شروط ونحن نفرد لكل شرط منها بابا * فالأول أن يكون المسلم فيه متعلقا بالذمة وقد تقدم الكلام فيه

(الباب الثانى فى كونه موصوفا)

وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يريه ما سلم اليه فيه فيقول له أسلم اليك فى مثل هذا فهذا اختلف أصحابنا فيه فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأصبغ فيمن أسلم فى زيت أيأخذ من غيره ويطبع عليه حتى يأخذ من صفته قال لا يصلح قال أصبغ اذا كان مضمونا لم يصلح ذلك فيه وان كان بعينه غائبا فجائز مالم يشترط خلف مثله وفى السلم الثانى من المدونة سئل مالك عمن أسلم فى ثوب أريه ثوبا فيقول له على صفة هذا أو يجتزى بصفته قال ان أراه فحسن والا أجزأته الصفة فمنع ابن القاسم فى الموازية ذلك فيما له مثل وهو كان أقرب الى الجواز وظاهر المدونة يقتضى تجويزه

﴿ السلف فى الطعام ﴾
* وحدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال لا بأس بأن يسلف الرجل الرجل فى الطعام الموصوف بسعر معلوم الى أجل مسمى مالم يكن فى زرع لم يبد صلاحه أو ثمر لم يبد صلاحه .

فيما لا مثل له وتجويزه فيما له مثل من المكيل والموزون أولى وأحرى فوجه المنع ان اعتبار صفات المثل يقتضي أن يكون مثله من جميع جهاته وعلى جميع أوصافه وهذا متعذر لا يكاد أن يوجد وانما يكون المثل فيما له مثل على المقاربة واذا ابعد هذا في المكيل والموزون فهو في الثياب أبعد وهو في الحيوان أبعد منه في الثياب ووجه اباحته أنه انما يلزم وصف المسلم فيه بأوصاف مخصوصة وهي التي تقدم ذكرها فاذا أراه ما يسلم اليه في مثله فانما يعتبر من مماثلته تلك الصفات التي لا يجوز له الاخلال في السلم بها دون غيرها من الصفات التي لا يلزم ذكرها في السلم (مسئلة) والوجه الثاني أن يصفه بصفاته التي يوصف بها على السلامة مما يختلف ثمنه باختلافها وليس عليه أن يصفه بجميع صفاته لان ذلك لا يؤثر في ثمنه ولا يوجب رغبة فيه ولا خلاف ان ما لم ينضبط بصفة فانه لا يجوز السلم فيه وأن يختلف فيما ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان يجوز عند مالك أن يقرض ويسلم فيه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يثبت في الذمة قرضا ولا سلما ولنا في هذه المسئلة ثلاثة طرق أحدها أن تدل على نفس المسئلة والثاني أن تدل على ان الحيوان ينضبط بالصفة والثالث أن تدل على انه يثبت في الذمة والدليل على جواز القرض والسلم فيه الحديث الذي يأتي بعد هذا من الأصل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فجاءته ابل الصدقة قال أبو رافع فامرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أقضي الرجل بكره فقلت لم أجد في الابل الا جملا خيارا رباعيا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطه اياه فان خيار الناس أحسنهم قضاء ومن جهة القياس ان كل ما جاز أن يتعلق بالذمة مهرا فانه يجوز أن يتعلق بها سلما وقرضا كالثياب والدليل على انه ينضبط بالصفة ما روى عبد الله بن مسعود قال قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها كأنه ينظر اليها ودليلنا من جهة القياس ان كل ما صح أن يثبت في الذمة فانه يصح أن ينضبط بالصفة كالثياب ودليلنا على أنه يثبت في الذمة ان الحيوان معنى يكون بدلا عن سلف فوجب أن يثبت في الذمة كالطعام (فرع) اذا ثبت ذلك فانه ليس من حكمه أن يقول فارها وانما يصفه على حسب ما ذكرنا فاذا أتاه بتلك الصفة لزمه أخذه قاله ابن القاسم في المدونة (مسئلة) ويجوز السلم في اللحم وبه قال الشافعي ومنع ذلك أبو حنيفة والأصل في ذلك انه مما ينضبط بالصفة فيذكر ما تختلف فيه الأغراض باختلافه وذلك بأن يوصف بأنه لحم ضأن أو ماعز ويوصف بالسمانة وغير ذلك من أوصافه المختصة به قال ابن القاسم وغيره ولم أر لأصحابنا تفريقا بين الذكر والأنثى واختلاف الاسنان فان كان ذلك مؤثرا في الثمن لزم ذكره (فرع) وهل يذكر موضع اللحم من الحيوان أم لا قال ابن حبيب وابن المواز ليس عليه ذلك قال ابن حبيب فان فعل فحسن وقال القاضي أبو محمد ان اختلفت الأغراض بمواضع من الشاة من صدر أو فخذ أو جنبه ذكره فوجه القول الاول ما جرت العادة به من امتزاج بعضه ببعض دون تفصيل وان اختار بعض الناس مكانا منه على مكان فعلى سبيل الاستطابة له وغيره يختار غير ذلك المكان كما يختار من جنس التمر آحاد أعيانه مع تساويه في الصفة ووجه قول القاضي أبي محمد ان ما اختلف الاغراض فيه لزم بيانه كالجنس (فرع) وأما السمانة فقال ابن حبيب وابن المواز لا بد أن يذكر سمينا فان ذكر وسطا من السمانة فحسن والأجزأه أن يقول سمينا قال ابن حبيب ويكون له السمن المعروف عند الناس وجه ذلك ان السمن والهزال مما يختلف الغرض والثمن في اللحم باختلافه حتى ان اليسير من السمن له من الثمن أضعاف ما للكثير من المهزول فلا بد من تمييزه بالصفة فيصف ما يسلم فيه بالسمن والهزال فاذا ميزه بهذا الاسم أجزأه عن أن يذكر قدر السمانة (مسئلة)

والسلم في الأكارع والرؤس جائز خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي والدليل على ذلك ما قدمناه في مسئلة اللحم ويحتاج من الصفات الى كل ما ذكرنا انه يحتاج اليه اللحم ويذكر مع ذلك كبارا أو صغارا أو متوسطة اذا أسلم فيها عددا (مسئلة) ويجوز السلم في الدور والفصوص خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله انه مما يدرك بالصفة فيوصف لونه وصفاؤه وصورته من طويل أو مدحرج واملاس وتضريس ووزنه وما جرى مجرى هذا من صفاته التي تختلف الأغراض فيه باختلافها ولا يلزم على هذا أن يقال انه قد يكون بين الأبيض الصافي في المدحرج الذي وزنه درهم وبين آخر يوصف بهذا الوصف تفاوت في الثمن فان الجارية التي توصف بالبياض والطول وامتلاء الجسم بينها وبين جارية أخرى لا توصف بهذه الصفات تفاوت في الثمن وقد أجمعنا على جواز السلم في الرقيق (مسئلة) يجوز السلم في الدنانير والدراهم خلافا لأبي حنيفة والدليل على ما نقوله ان كل ما ثبت في الذمة ثمنا فانه يثبت فيها سلما كالثياب والطعام

(فصل) اذا ثبت ذلك فان ما تقع به المعاوضة على ثلاثة أضرب ضرب مختلف في جواز السلم فيه وقد تقدم ذكره وضرب متفق على منع السلم فيه وهو تراب معادن الذهب والفضة لانها لا تنضبط بصفة ويجب أن يكون مثل ذلك تراب معادن الحديد وغيره مما يحتاج في اخراج المقصود منه الى عمل وأما ما يكون المقصود منه موجودا على هيئته ونحوه فانه يجب أن يجوز لان السلم حينئذ انما يتعلق بالكحل وذلك مما ينضبط بالصفة

(فصل) وضرب متفق على جواز السلم فيه كالحنطة والتمر وغيرهما من الحبوب وما يكال ويوزن من غير المطعوم فاذا قلنا بجواز السلم في الحنطة فان كان ببلد يختلف فيه جنسها فهو على ضربين أحدهما أن يكون حيث يحصل النوعان والثاني أن يكون بحيث يجلب اليه الصنفان فان كانت بحيث يحصل الصنفان كالأندلس التي يقرب فيها أحدهما ورب ما اجتمعت في المنبت والمحصد فالأفضل أن يصفه بجنسه قال ابن حبيب ولا يضره أن لا يصفه بذلك اذا ذكر الجودة والرداءة والأظهر عندي على المذهب خلاف هذا أن يبطل السلم بترك ذكر الصفة لان الثمن يختلف بالاندلس باختلاف نوع الطعام اختلافا بينا (مسئلة) فان كان بموضع يجلب اليه الجنسان كالجار والحجاز فمن شرط صحة السلم أن يصفها بنوعها وان كان بموضع انما يكون فيه النوع الواحد كمصر التي حنطتها كلها بيضاء مع السلامة والشام التي حنطتها سمراء فهل يحتاج الى ذكر الجنس أم لا عن مالك في ذلك روايتان احداهما لا يلزم ذكر الجنس والثانية انه لا بد بمصر من ذكر الجنس رواها ابن المواز عنه وجه الرواية الأولى ان السلم يختص ببلد العقد مع الاطلاق فاذا كان جنس المعقود عليه لا يختلف فيه لم يلزم ذكره كالدنانير والدراهم ووجه الرواية الثانية ان المعقود عليه تختلف أجناسه فاذا وجب ذكر صفاته وجب ذكر أجناسه كالتمر والحنطة حيث تختلف أجناسها (فرع) واذا قلنا بالرواية الثانية فلم يذكر الجنس فهل يفسخ أم لا قال ابن عبد الحكم يفسخ وقال أصبغ لا يفسخ وجه الرواية الاولى ان هذا موضع يلزم فيه ذكر الجنس فوجب أن يفسد السلم الاخلال به كالموضع الذي يكون فيه الجنسان ووجه الرواية الثانية ان الظاهر من البلد الجنس الواحد وعليه يجب حمل السلم وانما يؤمر بذكر الجنس على وجه الاستظهار ورفع الاشكال فاذا أخل بذكره وكان هو الظاهر من حاله وجب حمله عليه (مسئلة) وعليه أن يذكر مع ذلك جيدا أو وسطا أو رديئا لان الجنس الواحد يختلف فيكون منه الجيد والوسط والرديء وذلك مما يختلف الثمن باختلافه فلا بد من ذكره

وهل يفسد العقد ترك ذلك أم لا وذلك على ضربين أحدهما أن يكون السلم حيث يحصل الطعام فيفسد السلم لان في موضع محصده يكون الجيد والردىء فيختلف بذلك الثمن فلا بد من ذكره واذا كان موضع العقد يجلب اليه فقد قال ابن حبيب لا يفسخ وقال سائر أصحابنا انه يفسخ على الاطلاق متى لم يصفه بالجودة ووجه ما قاله ابن حبيب ان غالب أمر الطعام تساويه حيث يجلب اليه في السفن كالحجاز وجدة لانه يخلط في السفن ويتساوى فلا يفسد السلم ترك ذكر الجودة لان غالبه متساو ووجه القول الثاني ان طعام السفن يختلف فيكون بعضه أفضل من بعض ويكون من طعام الحجاز وجدة ما يجلب في الفقاع فيكون أفضل من الطيب فلا بد من ذكر الجودة (فرع) واذا قلنا بقول ابن حبيب فما الذي يجب على المسلم اليه من القمح مع اطلاق الصفة قال ابن حبيب يلزمه الوسط من ذلك لان ما جاز فيه اطلاق الصفة رجع منه الى غالبه أو وسطه فاذا لم يكن له غالب رجع منه الى الوسط وكان يجب على مذهب ابن حبيب ان كان له غالب أن يلزم ذلك بمجرد العقد وان لم يكن له غالب أن لا يصح السلم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ويجزئه من الصفة بالجودة أن يقول جيدا وليس من شرطه أن يقول غاية في الجودة قاله أصبغ وغيره من أصحابنا لم يختلفوا فيه الا ما قاله أبو عبد الله بن العطار من أهل بلدنا انه لا يجزىء من الصفة بالجودة أن يقول جيدا حتى يقول غاية الجودة وانه متى لم يصفه بالغاية بطل السلم والأول هو الصحيح لان صفة السلم لا تبلغ من معرفة الموصوف مبلغ الرؤية له وانما يبلغ به معظم مقاصده ويجزىء في صفات الرقيق أن يقول طويلا أو قصيرا ولا يلزم غاية الطول فان وصفه بسواد العين فلا يلزم غاية السواد وان وصف الثوب بالرقة فلا يلزم غاية الرقة ووجه آخر وهو ان هذا يبطل بالمتوسط فانه لا يعرف غايته ولا يقال غاية التوسط ووجه ثالث ان ما قاله أقرب الى الفساد لانه كان يريد بغاية الطيب ما لا يوجد أطيب منه فهذا يتعذر وجوده ولا يكاد المسلم اليه أن يقدر على تخليصه وذلك يمنع صحة السلم فيه وان أراد به انه غاية في الطيب وانه يوجد مثله وأفضل منه مما يوصف بغاية الطيب لزمه في الاختلاف فيه ما يلزم في وصفه الطيب (فرع) فاذا قلنا انه يجزىء وصفه بجيد ووسط وردىء دون ذكر الغاية فقد قال ابن حبيب وابن المواز له العام من الجيد وليس له الخاص وقد يكون من الجيد خاص بالغ في الجودة والطيب فلا يحمل على ذلك الا لمن شرطه والصواب عندي أن يكون ما دفعه المسلم اليه مما يقع عليه صفة السلم لزم المسلم قبضه فاذا أسلم اليه في جيد وأتى بما يقع عليه ذلك الاسم لزمه قبضه وكذلك الوسط والردىء ما لم يكن فيه عيب من غير الخلقة المعتادة منه (مسئلة) وتصفه بالنقاء والغلث أو التوسط لان ذلك مما يلزم القمح ويختلف ثمنه باختلافه فان أخل بذلك وقد ذكر الجودة أو التوسط أو الرداءة فهل يبطل السلم أم لا قال ابن حبيب لا يبطل السلم ووجه ذلك ان الغلث عيب فلا يلزم ذكر السلامة منه كسائر العيوب وانما استحب ذكره لان الغلث لا يكاد أن يخلو طعام منه

(فصل) ويجوز السلم في التمر والرطب فان كان ببلد لا تختلف أنواعه فيه ووصف بالجودة أو التوسط أو الرداءة فعلى حسب ما تقدم ذكره في الحنطة ويدخله من الاختلاف في ذلك كله ما يدخل في الحنطة وليس عليه وصفه بالنقاء لان التمر لا غلث فيه وليس عليه وصفه بالسلامة من الحشف لان ذلك عيب فيه ويسلم أكثر التمر منه ويلزم المسلم اليه أن يعطى غير الحشف لان اطلاق الاسم يقتضي السلامة الا اليسير الذي لا يستبد التمر منه في الأغلب (مسئلة) فان كان ببلد تختلف أنواعه منه فان وصفه بالنوع شرط في صحة السلم وهذا حكم الزبيب والفول والحمص وسائر

القطانى والحبوب والزيتون وبالله تعالى التوفيق (مسئلة) وأما السلم فى الثياب على اختلاف أصولها من حرير أوقطن أو كتان فان يصف صقالته وخفته ورقته وجنسه وأصله وليس عليه أن يذكر وزنه ولا أن يقول جيدا قاله ابن القاسم فى المدونة لانه قد يتعذر عليه تحقيق الوزن مع اشتراط الطول والعرض فاذا وفاه المقدار بين من ذلك الطول والعرض والصفاقة فقد أوفاه حقه ودخل فيه قدر الوزن ومايقرب منه فأما تحقيقه فلا سبيل اليه وبالله التوفيق

(الباب الثالث أن يكون المسلم فيه مقدرا)

وهو ممالا يصح السلم دونه لان السلم فيه متعلق بالذمة ومايتعلق بالذمة يستحيل أن يكون جزافا غير مقدر لانه لايتميز فى الذمة من غيره الا بالتقدير وليس كذلك المشاهدة لانه يتميز من غيره بالاشارة اليه والتعيين له (مسئلة) اذا ثبت ذلك فما كان من المكيل يقدر بالكيل وما كان من المعدود يقدر بالعدد وما كان من الموزون يقدر بالوزن وما كان يتقدر بالذرع كالثياب ونحوها يقدر بالذرع وذكر ابن القاسم فى المدونة ان اللحم يجوز السلم فيه بالتحرى كما يباع الخبز بالخبز تحريا والأظهر عندى أن ذلك انما يجوز عند تعذر الموازين لانه مع الامكان انما قصد بالتحرى التخاطر والحزر الذى ينافى السلم وهذه المسئلة مبنية على جواز اللحم باللحم تحريا وسيأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى فى موضعه مفسرا (مسئلة) وأما صوف الغنم فانه يتقدر بالوزن دون عدد الجزز لان الجزز تختلف فيها الكبيرة والصغيرة وله مقدار معروف فيجب أن يعتبر به (مسئلة) وأما البيض فلا يتقدر بوزن ولا كيل فلا يسلم فيه الا بالعدد حكى ذلك ابن حبيب وأما الرمان والسفرجل فروى ابن القاسم عن مالك تباع عددا قال ابن القاسم وان كان الكيل فيها معروفا فلا بأس بذلك وقال ابن حبيب يسلم فيها عددا أو كيلا ولا يسلم فيها وزنا قال ويذكر مقداره فوجه قول مالك ان الذى جرت به العادة فى بيعها هو العدد ولم تجر العادة بغيره وكان مجهولا فيها وأيضا فان كثيرها لا يكاد يتأتى فيه كيل ولابد من اشتراط الكبر والصغر والتوسط فان الاغراض تختلف باختلاف ذلك ووجه قول ابن القاسم ان العدد انما يتقدر به مايغلب عليه التساوى والتساوى قليل فى هذا النوع من الفواكه وهى الرمان والسفرجل والتفاح فكان العدد فيها من أبواب الخطر فاما صغير التفاح فقول ابن القاسم فيه ظاهر وأما ماعظم منه ومن الرمان والسفرجل فالعدد فيه أظهر كالأترج وان كان يجرى فى بعض البلاد بالوزن كان ذلك أظهر فيه وكذلك البطيخ والقثاء والخيار والموز والكمثرى ورؤس الغنم والله أعلم (مسئلة). وأما الجوز فاختلف فيه قول مالك وابن القاسم وابن حبيب على حسب ماذكرنا من اختلاف قولهم فى الرمان ووجهه ماقدمناه والوجهان ممكنان ظاهران وقول ابن حبيب بجواز الوجهين فيه جائز (مسئلة) وأما ماصغر من الفاكهة كعيون البقر والمشمش والقراسيا والزعرور والمضارع فانه يتأتى فيه الكيل والوزن والاحمال وفى كثير منه العدد والذى عندى انه يسلم فيه فى كل بلد على عرفه وبالله التوفيق (مسئلة) وأما ماصغر وكان ممايبس ويدخر كاللوز والبندق وقلوب الصنوبر فانه لايسلم فيه الا كيلا حكى ذلك ابن حبيب قال ولا يسلم فيه عددا وهذا الذى ذكره ابن حبيب بين لان المشقة تلحق بعدده لصغره وانما يتأتى فيه الكيل أو الوزن فان كان ذلك عرفه ببلد السلم حمل عليه (مسئلة) وأما التمر والقمح والشعير وسائر الحبوب التى تدخر فبالكيل ولا يختلف فى ذلك عرف البلاد مالم تطحن فاذا طحنت تخلص قلب الأرز ودقيق الحنطة أو جريشها فان عرفه بمعظم البلاد الوزن وعرفه بمدينة

الرسول صلى الله عليه وسلم الكيل ويجب أن يقدر في السلم بعرف بلد السلم فان غيره مجهول وقد قال ابن القاسم عن مالك لا يباع طعام بقصعة أو قدح غير مكيال الناس وهو فاسد غير جائز قال ابن القاسم فما يسلم فيه بتلك المنزلة أو أشد وقال أشهب هو مكروه فان وقع لم يفسخ وقال غيره يفسخ (مسئلة) وأما الحطب فقال ابن القاسم يسلم فيه وزنا أو أحمالا وحزما * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انه يجوز ان يعمل من ذلك بكل بلد على ما جرى عرف بيع ذلك الجنس به (مسئلة) وأما الجذوع والخشب فانها تتقدر بالذرع في الطول والعرض والارتفاع لانه الغرض في ذلك كله وأما البقول والقصيل فانها تتقدر عند ابن القاسم بالحزم والقبض والاحمال ولا يجوز ان تتقدر بذرع الارض وجوز ذلك أشهب رواه ابن المواز عنه واحتج ابن القاسم للمنع بان صفاقته وخفته لا تنضبط بالصفة وهذا على صحته ناقص العبارة وبيانه ان ما تقدر من ذلك بذرع الارض يختص بارض معينة أو حومة معينة متقاربة لان الغرض والثمن يختلف بالقرب والبعد فاذا تعينت البقعة لم يجز السلم فيما يثبت فيها لانه لا يدري كيف يكون حاله وان تعينت الحومة لم يجز السلم فيما يخرج منها لانها بمنزلة القرية الصغيرة ولذلك لا يجوز السلم في التمر في رؤس النخل فلهذا لم يجز السلم في شيء من الثياب بذرع الأرض (مسئلة) ويسلم في الثياب كلها بالذرع في الطول والعرض لانها لا تتقدر الا به فان شرط ذراع رجل بعينه فقد أجازه ابن القاسم في المدونة فان خيف أن يغبن أخذ منه مقدار ذراعه الى أن يجيء أجل السلم فان شرطا ذراعا ولم يعينا ذراع رجل بعينه فقد روى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية يحمل على ذراع وسط قال أصبغ هو استحسان والقياس الفسخ وجه قول ابن القاسم ان الذراع ما لم يعين يعلق بالوسط وصح بذلك العقد لانه متى كان للعقد وجه من الصحة حمل عليه ووجه قول أصبغ ان القدر الذي تعلق بالذمة مجهول وذلك يمنع صحة العقد وهذا في البلاد التي ليس لاهلها ذراع معين جرى عرف التبايع به وان كان لهم ذراع مقدر كذراع الرشاش لاهل قرطبة والذراع المالكي ببعض البلاد حمل المتعاقدان مع اطلاق العقد عليه والله أعلم

(الباب الرابع أن يكون السلم مؤجلا)

أما الشرط الرابع وهو أن يكون مؤجلا فان الظاهر من مذهب مالك ان السلم لا يجوز الا في مؤجل وبه قال أبو حنيفة وروى ابن عبد الحكم وابن وهب عن مالك يجوز أن يسلم الى يومين أو ثلاثة وزاد ابن عبد الحكم أو يوم قال القاضي أبو محمد واختلف أصحابنا في تخريج ذلك على المذهب فنهم من قال ان ذلك رواية في جواز السلم الحال وبه قال الشافعي ومنهم من قال ان الأجل شرط في السلم قولا واحدا وانما تختلف الرواية عنه في مقدار الأجل والدليل على اعتبار الأجل ان ما اختص بالسلم فانه شرط في صحته كعدم التعيين ووجه القول الثاني ان هذه معاوضة فلم يكن من شرط صحتها التأجيل كالبيع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالسلم على ضربين ضرب يقضى ببلد السلم وضرب يقضى بغيره فاما ما يقضى ببلد العقد فقد اختلف أصحابنا في مقدار أجل السلم فقال ابن القاسم في المدونة لا يجوز الا الى الأجل الذي تختلف في مثله الأسواق الخمسة عشر يوما والعشرين يوما وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد وروى ابن وهب عن مالك الى اليومين والثلاثة وقال القاضي أبو محمد في ذلك روايتان احداهما انه يجوز الى أي أجل كان قرب أو بعد والثاني لا يجوز الا الى الأجل الذي تختلف في مثله الأسواق فوجه قول ابن القاسم ان السلم لما اقتضى الأجل لئلا يتيقن فيه انتفاع المسلم لمشابهة الغرض احتاج أن يكون الى أمد تختلف فيه الأسواق فان خرج عن

هذا عدم شرط الصحة ووجه الرواية الثانية ان هذا معنى يشترط فى صحة السلم فاستوى قليله وكثيره أصل ذلك مقدار المسلم فيه ووجه آخر وهو ان الدنانير والدراهم يجوز السلم فيها ولا تختلف أسواقها فلو كان اعتبار مدة تتغير فيها أسواق العروض شرطا فى صحة السلم لوجب أن لا يجوز السلم فى العين ولوجب أن تختلف آجال السلم باختلاف السلع فان من السلع ما يكثر تغير أسواقه كالطعام ونحوه ومنها ما يندر ذلك فيها كالجوهر والياقوت والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ماقلناه فالذى قاله القاضى أبو محمد ان تغير الاسواق فى ذلك لا يختص بمدة من الزمان وانما هو على حسب عرف البلاد ومن قدر ذلك بخمسة عشر يوما أو أكثر فانما قدر على عرف بلده وتقدير ابن القاسم ذلك بخمسة عشر يوما وعشرين أظهر لأن هذا عرف البلاد ومقتضى ماعلم من أسواقها فانه يغلب تغيرها فى مثل هذه المدة وعرف مصر كعرف غيرها والله أعلم وأحكم (مسئلة) ووجه الاجل فى البياعات أن يبين بما يمكن تبيينه به وجرت بمثله العادة فيقول الى أول شهر كذا أو الى آخره أو الى يوم كذا مضت منه أو بقيت منه فان قال الى شهر كذا فان هذا اللفظ يقتضى أن يكون يحل بأول ليلة من الشهر فأما ان قال يوفيه فى شهر كذا من سنة كذا فقد قال أبو عبد الله بن العطار من أهل بلدنا ان هذا ضعيف وليس بأجل محدود ويكون له أن يدفعه مابين أول الشهر الى آخره غير أن السلم لا ينتقض بذلك ويكره بدأ فان وقع مضى ونفذ وفى هذا القول نظر (مسئلة) ويجوز أن يسلم الى الجداد والحصاد ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعى والدليل على صحة مانقوله أن هذا أجل معلق بوقت من الزمان معلوم فجاز أن يكون أجلا فى السلم والبيوع المؤجلة أصله اذا أجله بسنة أو بشهر (مسئلة) ويجوز فى الآجال الى خروج العطاء اذا كان وقت العطاء معروفا لا يختلف والمراد به وقت خروج العطاء فاذا حل ذلك الوقت حل الاجل خرج العطاء أو لم يخرج وكذلك تأجيلهم الى قدوم الحاج والكلام فيه على نحو ماتقدم

(فصل) وأما مايقتضى تغير بلد السلم فانه يستغنى عن ذكر الاجل قال محمد يجوز ذلك وان كان حالا وهذا تجوز فى عبارة لأن قطع مدة تلك المسافة أجل وانما أراد به أنه يجوز وان لم يذكر الاجل وحكى ابن المواز عن مالك فيمن أسلم فى طعام حال يؤجل بالريف مسيرة يومين أو أكثر أنه جائز ووجه ذلك ما احتجوا به من أن اختلاف الاسواق باختلاف البلدان كاختلافها بعد الآجال ألا ترى أن الناس يجهزون الامتعة الى البلاد رجاء اختلاف الاسواق كما يؤخرون السلع الى الاجل وجاز ذلك واذا كان كذلك جرنا فيه قياسا فنقول ان هذا معنى عرف به تغير الاسواق فجاز السلم اليه كالاجل البعيد (فرع) اذا ثبت ذلك فان عقدا على ذلك عقدا صحيحا وجب على المسلم اليه الخروج الى مكان القضاء متى بقى بينه وبينه مقدار تقطع فيه المسافة فان أبى من الخروج أجبر على أن يخرج أو يوكل من يقضى المسلم ماسلم فيه لأنه قد وجب عليه التسليم ولا طريق له الى ذلك الا بالخروج الى موضعه أو الاستنابة فى ذلك بالتوكيل (فرع) فهل له أن يعزل الوكيل بعد أن قصد خارجا الى موضع التسليم من متأخرى أصحابنا من قال انه لا يجزئه توكيله على ذلك الا ان يضمن الوكيل المسلم فيه لجواز أن يعزله المسلم اليه فيبطل سفر المسلم أو يتعذر عليه من سلم اليه حقه * قال القاضى أبو الوليد رضى الله تعالى عنه ويجوز عندى أن يقال ليس للمسلم اليه عزله لتعلق حق المسلم بهذه الوكالة كما يقول فى التوكيل على بيع الرهن وكما يقول فى الوكيل على الخصومة اذا تقيدت عليه المقالات لم يكن لموكله عزله الا برضا من يخاصمه لتعلق حقه بالوكالة (مسئلة) فان جاز

الاجل و وجد المسلم المسلم اليه بغير بلد التسليم فلا يخلو أن يكون المسلم فيه عينا أو غير عين فان كان عينا كان له أخذه منه حيث وجده وان كان غير عين لم يكن له ذلك وعليه أن يخرج الى بلد التسليم أو يوكل من ينوب عنه والفرق بينهما أن الدنانير والدراهم لا تختلف أسواقها وهى أصول الاثمان وقيم المتلفات فتساوت حالها فى البلاد والازمان والعروض تختلف أسواقها وليست بأصول فى الأثمان ولا قيم المتلفات فتختلف قيمتها باختلاف البلاد والازمان فلم يلزم أن يسلمه ولان يسلم منه بغير بلد السلم ولذلك من كان عليه دين من عين جاز أن يعجله قبل أجله و يلزم من هوله قبضه ومن كان عليه دين من غير عين لم يجز له أن يعجله قبل أجله الا برضا من هوله ومما يجرى مجرى الأجل فى بعض أحكامه موضع تسليم المسلم فيه قال القاضى أبو محمد الافضل أن يذكرا موضع التسليم لزوال التخاصم بين المتبايعين و يدخلان على معلوم من ذلك فليس كل أحد يعلم حكمه وفى كتاب محمد ومن سلف ولم يذكر موضع القضاء لم يضره ذلك وهذا مما لا يحتاج الى ذكره ومعنى ذلك أن ذكره ليس بشرط فى صحة السلم والدليل على ذلك أن اطلاق العقد يقتضى التسليم ببلد العقد كما يقتضى اطلاق البيع ذلك (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يخلو أن لا يذكرا موضع التسليم أو يذكراه فان لم يذكراه لزم المسلم اليه دفعه فى بلد عقد السلم ولزم المسلم قبضه هنالك لما ذكرناه فان اختلفا فى أى موضع يكون التسليم منه وقد شرطا بلد التسليم أو لم يشترطاه ولزم ذلك لاطلاق العقد فان كان لتلك السلعة سوق بذلك البلد كان ذلك السوق موضع تسليمها لأن ذلك أخص بقاع تلك البلدة بتلك السلعة فان لم يكن لها سوق فان المسلم اليه يوفيه حيث شاء من ذلك البلد قال ذلك ابن القاسم وابن المواز وقال سحنون يوفيها بدار المسلم كان لها سوق أو لم يكن وفى سماع عيسى عن ابن القاسم انهما ان أقرا انهما لم يتخذا موضعا فان القضاء يكون حيث قبضت الدراهم فيحتمل أن يريد به موضع العقد و يحتمل أن يريد به بلد النقد والله أعلم وأحكم وجه القول الاول أن اطلاق العقد بمنزلة تعيين البلد وتعيينه يقتضى تسليمه اليه بحيث يقع عليه اسم ذلك البلد كما أن اطلاق اسم الجودة يقتضى أن للمسلم اليه دفع ماشاء مما يقع عليه ذلك الاسم على الاطلاق وأيضا فان رأس المال لما كان محل دفعه موضع سوقه ومعظم نفاده وموازينه كأنه نفس المسلم فيه يكون تسليمه بموضع سوقه وأهل المعرفة بصفاته و وجه قول سحنون أنه لما كان على المسلم اليه إيصال المسلم فيه اقتضى ذلك إيصاله الى منزله كحمل الحطب والماء لما كان على بائعه إيصاله لزمه إيصاله الى منزل المبتاع له (مسئلة) فان ادعى أحدهما اطلاق العقد وادّعى الثانى اشتراط موضع غير موضع السلم فالقول قول مدعى اطلاق العقد لان الثانى ادّعى خلاف مقتضى العقد فلم يثبت له ذلك الا ببينة (مسئلة) فان اتفقا على انهما شرطا موضعا للقضاء واختلفا فى تعيينه فادّعى أحدهما موضع عقد السلم وادّعى الثانى غيره فالقول قول مدعى موضع السلم لموافقته مقتضى اطلاق العقد وان ادّعى كل واحد منهما مالا يشبه أن يكون موضعا للقبض أحلفا وفسخ بينهما قاله ابن القاسم (مسئلة) و يجب أن يكون موضع القضاء محدودا بحد يقرب كالفسطاط أو الفيوم أو الاسكندرية وأما ان تباعدت أقطاره كمصر والشام والأندلس فان ذلك لا يجوز قاله ابن القاسم وقال ان مصر ما بين نجد الى اسوان وما كان بهذه المثابة من تباعد الأقطار وتفاوت الأسفار لتباعد مالا يجوز أن يكون موضعا لقبض السلم لان ذلك يعود لجهالة موضع القبض وخطر الغرر فيه وبالله التوفيق

(الباب الخامس أن يكون المسلم فيه موجودا حين الأجل)

وأما الشرط الخامس وهو أن يكون المسلم فيه موجودا حين الأجل فلا خلاف ان ذلك شرط فى صحة السلم لان حلول الأجل يقتضى تسليم المسلم فيه فاذا كان معدوما حين الأجل لم يصح السلم فيه لان من شرط صحة السلم والبيع التمكن من التسليم (مسئلة) فان حان الأجل وعدم المسلم فيه بجائحة استأصلته أو غفلة من مسلمه حتى فات من أيدى الناس فاختلف أصحابنا فى ذلك (مسئلة) وليس من شرطه أن يكون موجودا حين العقد و به قال الشافعى وقال أبو حنيفة ان من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا حين السلم والدليل على ما نقوله انه وقت لا يستحق فيه التسليم فلم يستحق وجود المسلم فيه أصل ذلك الزمان الذى بين وقت العقد وانقضاء الأجل

(الباب السادس أن يكون الثمن نقدا الخ)

وأما الشرط السادس وهو أن يكون الثمن نقدا أو فى حكم النقد فانه شرط فى صحة السلم لانه اذا كان متعلقا بالذمة وتأخر المدة الطويلة وكان المسلم فيه مؤجلا الى أجل بعيد وثمنه مؤجلا فى الذمة الى أجل بعيد لم يجز ذلك لانه من الكالئ بالكالئ (مسئلة) وقبضه فى مجلس السلم أفضل وليس بشرط فى صحة السلم ويجوز أن يتأخر قبضه اليوم واليومين بالشرط خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما ان من شرط صحة السلم التقابض فى المجلس والدليل على ما نقوله ان التأخير فيه ليس بممنوع لمعنى فى العوض وانما هو ممنوع لمعنى فى العقد لئلا يكون من الكالئ بالكالئ والمسلم فيه من شرطه التأجيل والثمن من شرطه التعجيل فكما لا يصح السلم بتأخير القبض عن المجلس ولا بتأخيره اليوم واليومين ولا يكون له بذلك حكم الكالئ فكذلك الثمن الذى من شرطه التعجيل لا يفسده التأخر عن مجلس القبض ولا بتأخره اليوم واليومين ولا يدخل بذلك فى حكم الكالئ (فرع) اذا ثبت ذلك فالذى نص عليه أصحابنا انه يجوز تأخره بشرط فى أصل العقد اليوم واليومين وقال القاضى أبو محمد لا أكثر من ذلك ويجب أن يفصل ذلك فعلى قولنا يجوز السلم الى أجل يوم أو يومين لا يجوز تأخر رأس مال السلم هذا المقدار وانما يجب أن يكون قبضه بالشرط فى المجلس أو ما يقرب منه وان قلنا ان السلم لا يجوز الا الى الأجل البعيد الذى تتغير فى مثله الأسواق صح أن يقول بتأخير رأس مال السلم اليوم واليومين لان تأخير رأس مال السلم هذه المدة ليس من باب التأجيل ولو كان له حكم التأجيل لجاز تأخر المسلم فيه اليه (مسئلة) وأما تأخر رأس مال السلم من غير شرط الى أجل السلم فلا يخلو أن يكون عينا أو غير عين فان كان عينا فاختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يفسد السلم ثم رجع عنه وقال لا يفسد السلم ما لم يكن شرطا و به قال أشهب وجه القول بفساده لان ذلك ذريعة الى التعاقد على الدين بالدين لان عملها اليه آل ووجه القول الثانى ان عقدهما سلم من الدين بالدين وهذا مما لا يفسده التفرق قبل القبض وقال ابن وهب ان تعمد أحدهما تأخير رأس المال لم يفسد السلم وان لم يتعمده أحدهما فسد السلم ومعنى ذلك أن يكون أحدهما فر ليفسد السلم فاذا وقع العقد صحيحا وتعلق به حق الآخر لم يكن للثانى أن ينفرد بافساده وهذا مبنى على قولنا ان الفار من الأداء فى الصرف لا يبطل الصرف واذا لم يفر أحدهما فقد رضيا بافساده فيجب أن يفسد (فرع) فاذا قلنا انه لا يبطل العقد بتأخير رأس المال اذا كان عينا الى أجل فبان لا يبطل اذا كان عرضا معينا أولى وأحرى لانه خارج عن الدين بالدين وان قلنا انه يبطل بذلك السلم وكان رأس المال عرضا معينا فلا يخلو أن يكون مما يغاب عليه كالثياب ونحوها

* قال مالك الأمر عندنا فيمن سلف في طعام بسعر معلوم الى أجل مسمى فحل الأجل فلم يجد المبتاع عند البائع وفاء مما ابتاع منه فأقاله فانه لا ينبغي له أن يأخذ منه الا ورقه أو ذهبه أو الثمن الذي دفع اليه بعينه فانه لا يشتري منه بذلك الثمن شيأ حتى يقبضه منه وذلك أنه اذا أخذ غير الثمن الذي دفع اليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه فهو بيع الطعام قبل أن يستوفى * قال مالك وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل أن يستوفى

أو مما لا يغاب عليه كالحيوان والدور فان كان مما يغاب عليه ففي المدونة ان مالكا كره ذلك وقال ابن القاسم ان وقع من غير شرط لم يفسخ كالحيوان والدور وان كان مما لا يغاب عليه ففي المدونة من قول مالك اذا كان رأس المال في السلم عبدا وتأخر الشهر من غير شرط انه جائز وكان هذا من أحدهما ولم يذكر كراهية وقال المتأخرون من أصحابنا ان ذلك على ثلاثة أضرب اذا كان عينا بطل السلم وان كان عرضا يغاب عليه فالسلم مكروه ولا يفسخ البيع وان كان مما لا يغاب عليه فلا كراهية فيه والفرق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه في ذلك ان ما يغاب عليه اذا تلف بغير بينة فهو من المسلم ويفسد السلم فاذا بقي بيده كان له الخيار بان يدعي ضياعه ويبطل السلم متى شاء وكره أن يبقى بيده مدة لا يصح الخيار فيها في السلم وأما ما لا يغاب عليه فانه من المسلم اليه فهلاكه لا يؤدي الى ابطال السلم والله أعلم وأحكم (فرع) واذا قلنا برواية ابن وهب فان كان المسلم هو الذي امتنع من القضاء فالمسلم اليه بالخيار بين أن يأخذ جميع رأس مال السلم أو ما بقي له منه ويدفع جميع المسلم فيه وبين أن يمتنع من قبض ما بقي له منه ويدفع اليه ما كان دفع اليه منه وان كان المسلم اليه هو الذي امتنع من قبض رأس المال لزمه عند الأجل قبضه ودفع المسلم اليه فيه قاله ابن حبيب ووجه ذلك انه اذا امتنع المسلم فقد منع المسلم اليه من مقصوده من الانتفاع برأس مال السلم الى أجله ولهذا التأخير تأثير في ابطال العقد فصار ذلك للمسلم اليه ان شاء أن يبطله أبطله وان شاء أن يمضيه أمضاه وان كان الامتناع من جهة المسلم اليه فقد أبطل حقه من الانتفاع برأس المال ولا مضرة في ذلك على المسلم فلم يكن لواحد منهما خيار في فسخه

(فصل) وقوله ما لم يكن في زرع لم يبد صلاحه أو ثمر لم يبد صلاحه يريد انه لا يجوز تعليق السلم بزرع لم يبد صلاحه ولا بثمر لم يبد صلاحه وذلك ان السلم على ضربين مطلق في الذمة ومضاف الى بلدة فأما المطلق في الذمة فمثل أن يسلم اليه في قمح أو تمر ويصفه بصفة ولا يشترط من تمر موضع من المواضع والثاني أن يضيفه الى بلدة فيقول من قمح مصر أو الشام أو تمر الصفراء أو المدينة على ساكنها السلام فهذا على ضربين أحدهما أن يضيف ذلك الى موضع صغير لا يؤمن انقطاع ثمرته فانه لا يجوز ذلك على وجه السلم ولا يجوز الا على وجه البيع بعد أن يبدو صلاح ذلك الحائط ومن شرطه أن يكون الحائط لبائع التمر (مسئلة) والثاني أن يضيف ذلك الى موضع كبير كثير التمر والزرع يؤمن انقطاعه من أيدي الناس مثل وادي القرى وخيبر فهذا يجوز عقد السلم فيه من أي وقت شاء بعد بدو صلاح الثمرة وقبل ذلك لمن له في ذلك الموضع زرع أو ثمر أو لمن ليس له فيه شيء والأصل في ذلك ما روى عبد الله بن أبي المجالد سألت ابن أبي أوفى عن السلف فقال كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في البر والشعير والتمر الى قوم لا ندري أعندهم أم لا وابن أبزى قال مثل يعني ذلك ص * قال مالك الامر عندنا فيمن سلف في طعام بسعر معلوم الى أجل مسمى فحل الاجل فلم يجد المبتاع عند البائع وفاء مما ابتاع منه فأقاله فانه لا ينبغي له أن يأخذ منه الا ورقه أو ذهبه أو الثمن الذي دفع اليه بعينه فانه لا يشتري منه بذلك الثمن شيأ حتى يقبضه منه وذلك انه اذا أخذ غير الثمن الذي دفع اليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه فهو بيع الطعام قبل أن يستوفى * قال مالك وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل أن يستوفى *

ش وهذا كما قال ان الاقالة في الطعام لا تكون الا بمثل رأس المال عقدا وقضاء لانه ان كان بغير رأس المال خرج عن الاقالة الى البيع الذي لا يجوز في الطعام قبل استيفائه وهو اذا عقد الاقالة بمثل

رأس المال ثم قبض منه غير ذلك من عرض أو طعام أو عين مخالف لرأس المال فان ذلك ممنوع للذريعة الى بيع الطعام قبل استيفائه لانه يتهم أن يكون ما أظهراه من العقد لغوا وقد باع الطعام قبل قبضه بعدما ابتاعه به فخرج عن الاقالة الى البيع الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الطعام قبل استيفائه (مسئلة) ومن ابتاع مطعوما معينا على الوزن أو الكيل فأراد أن يأخذ مكانه قبل قبضه من غير جنسه ففى كتاب محمد والمجموعة أن ذلك غير جائز ووجه ذلك انه باع ما عقد عليه من الطعام أولا بما أخذه آخرا قبل أن يستوفى (مسئلة) فان أخذ نصفه على ما عقد عليه وأراد أن يأخذ النصف الآخر من غير ذلك الجنس ففى كتاب محمد عن أشهب قال مالك أرجو أن يكون خفيفا قال محمد لاخير فيه وهو سواء مثل الذى تقدم و يحمل هذا انه دفع اليه الثمن من غير ايجاب قال ور وى ابن القاسم عن مالك فيمن ابتاع بدينار قمحا ثم سأله أن يعطيه بنصفه عدسا ان ذلك لا يجوز قال مالك ومن اشترى بدراهم زيتا فلم تسعه بطته فأراد أن يأخذ بما بقى طعاما أو يرتجعه فلا يعجبنى ووجه ذلك ما يدخله من بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وقوله لا تنبغى الاقالة الا أن يأخذ ذهبه أو ورقه أو ثمنه بعينه يحتمل أن يريد بقوله ذهبه أو ورقه نفس ثمنه بعينه ان كان موجودا عنده على قولنا ان الدنانير تتعين بالعقد أو يكون الثمن تبرا أو حليا مصوغا فيتعين بالعقد ولا يجوز فى الحلى أن يقيله الا بنفس ما دفع و يحتمل أن يريد بقوله بذهبه أو ورقه من جنس ذلك وسكته على قول ان الدنانير لا تتعين بالعقد وقد قال فى المدونة فيمن سلم الى رجل دنانير فى طعام فأقاله منه ودنانيره فى يده وشرط عليه أن يرد اليه تلك الدنانير بأعيانها ان للمسلم اليه أن يدفع اليه غيرها وقوله بعد ذلك أو ثمنه بعينه يريد والله أعلم أن يكون الثمن من غير العين كالعروض والطعام فهذا لا تصح الاقالة الا بنفس ذلك الثمن دون ما كان من جنسه لان ذلك كله يؤدى الى بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وقوله وانه لا يشترى منه بذلك الثمن شيأ حتى يقبضه يريد انه ان عقد الاقالة بذلك الثمن فلا يشترى منه به شيأ لان ذلك ذريعة الى أن تكون الاقالة به فيكون بيع الطعام قبل استيفائه وقد نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم فيجوز أن يمنع كل ما كان فى معناه وذريعة اليه والله أعلم وأحكم

ص ✽ قال مالك فان ندم المشترى فقال للبائع أقلنى وأنظرك بالثمن الذى دفعت اليك فان ذلك لا يصلح وأهل العلم ينهون عنه وذلك أنه لما حل الطعام للمشترى على البائع أخر عنه حقه على أن يقيله فكان ذلك بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفى ✽ قال مالك وتفسير ذلك أن المشترى حين حل الأجل وكره الطعام أخذ به دينارا الى أجل وليس ذلك بالاقالة وانما الاقالة ما لم يزدد فيه البائع ولا المشترى فاذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة الى أجل أو بشئ يزداده أحدهما على صاحبه أو بشئ ينتفع به أحدهما فان ذلك ليس بالاقالة وانما تصير الاقالة اذا فعلا ذلك بيعا وانما أرخص فى الاقالة والشرك والتولية ما لم يدخل شيأ من ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة فان دخل ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة صار بيعا يحله ما يحل البيع و يحرمه ما يحرم البيع ✽ ش وهذا كما قال ان الندم قد يلحق فى البيع والسلم البائع والمشترى وتصح من كل واحد منهما الاقالة للرفق بصاحبه و يصح منه طلب الربح أو النماء و يصح منهما جميعا ذلك فى عقد واحد بخلاف القرض فانه لا يصح أن يقع الا على وجه الرفق من القرض للمقترض الا أن الأغلب من أحوال الاقالة رفق أحد المتقايلين بصاحبه فلذلك حملت على أغلب أحوالها وقد قدمنا ان من شرط الاقالة أن تكون بمثل رأس المال وعلى الوجه الذى

✽ قال مالك فان ندم المشترى فقال للبائع أقلنى وأنظرك بالثمن الذى دفعت اليك فان ذلك لا يصلح وأهل العلم ينهون عنه وذلك انه لما حل الطعام للمشترى على البائع أخر عنه حقه على أن يقيله فكان ذلك بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفى ✽ قال مالك وتفسير ذلك أن المشترى حين حل الأجل وكره الطعام أخذ به دينارا الى أجل وليس ذلك بالاقالة وانما الاقالة ما لم يزدد فيه البائع ولا المشترى فاذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة الى أجل أو بشئ يزداده أحدهما على صاحبه أو بشئ ينتفع به أحدهما فان ذلك ليس بالاقالة وانما تصير الاقالة اذا فعلا ذلك بيعا وانما أرخص فى الاقالة والشرك والتولية ما لم يدخل شيأ من ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة فان دخل ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة صار بيعا يحله ما يحل البيع و يحرمه ما يحرم البيع

عقد عليه البيع أو السلم لان معنى الاقالة أن يقيله مما ندم فيه و يعيده الى ما كان عليه قبل أن يعقد ما أوجب الندم ولا يصح ذلك الا بنقض ذلك العقد ولذلك اختلف أصحابنا فيه فقال بعضهم هو نقض بيع وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا اذا كان رأس المال بصريح الاقالة فان كان بغير تصريح مثل أن يدفع اليه دنانير مثل رأس المال المسلم فيقول اشتر بها طعاما فاكله لى حين الأجل ثم استوفه فى حقك فقد قال ابن القاسم فى المدونة لا يصلح عند مالك وقال بعد ذلك انه اذا أعطاه عند الأجل مثل دنانيره فقال اشتر بها طعامك انه لا بأس به قال ابن لبابة اذا دفع اليه الدنانير فقال اشتر بها طعاما فاكتله لى ثم استوفه مما لك لم يجز وان قال له اشتر بها طعامك جاز ذلك ووجه ذلك عندى انه اذا قال اكتله لى لم يملكه الثمن ولم تجز منا قالة ولا يجوز أن يكون رأس المال الذى عجل فى السلم يؤجل فى الاقالة لوجهين أحدهما ان الأجل له حصة من الثمن لما قدمناه من أن المسلم اليه يطلب الارتفاق به الى حلول السلم فاذا تعجل فى السلم وتأجل فى الاقالة فقد ازداد فى الاقالة وذلك يمنع صحتها و يغير موضوعها و ينقلها الى البيع الذى هو ممنوع فى الطعام قبل الاستيفاء و يدخله أيضا وجه آخر من الفساد وهو فسخ دين فى دين لان المسلم كان له فى ذمة المسلم اليه طعام مؤجل ففسخه فى غير مؤجل الى أجل وذلك غير جائز

(فصل) وقوله فاذا وقعت الزيادة بنسيئة الى أجل أو بشئ يزداده أحدهما على صاحبه و ينتفع به فليس ذلك باقالة بين ذلك ان النسيئة مما يزداده من أخذ وانسأله فى دفع ما عليه والزيادة تغير ذلك مثل أن يكون رأس المال عشرة دراهم فيقيله على تسعة فيكون البائع قد ازداد فى الاقالة درهما أو يقيله بأحد عشر درهما يزداد المبتاع من البائع درهما وذلك كله لا يجوز لانه ليس بالاقالة وانما هو بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وان دفع اليه أكثر من دراهمه فقال له ابتع بهذا طعامك لم يجز لانه قد خرج لاجل الزيادة عن حكم الاقالة وقد دفع اليه أقل من دراهمه فقال له ابتع بهذا طعامك فقد قال ابن القاسم لا يجوز وقال أشهب يجوز وجه قول ابن القاسم انه يؤدى الى الاقالة بأقل من الثمن وذلك غير جائز ووجه قول أشهب أن هذا من باب الذريعة وتبعد فيه التهمة و بعد التهمة يمنع تأثير الذريعة ص ﴿ قال مالك من سلف فى حنطة شامية فلا بأس أن يأخذ محمولة بعد محل الأجل * قال مالك وكذلك من سلف فى صنف من الأصناف فلا بأس أن يأخذ خيرا مما أسلف فيه أو أدنى بعد محل الأجل وتفسير ذلك أن يسلف الرجل فى حنطة محمولة فلا بأس أن يأخذ شعيرا أو شامية وان سلف فى تمر عجوة فلا بأس أن يأخذ صيحانيا أو جمعا وان سلف فى زبيب أحمر فلا بأس أن يأخذ أسود اذا كان ذلك كله بعد محل الاجل اذا كانت مكيلة ذلك سواء بمثل كيل ما سلف فيه ﴾ ش وهذا كما قال ان من أسلم فى نوع من أنواع الطعام فانه لا بأس أن يأخذ عند الاجل نوعا آخر من ذلك الجنس أو أدنى فى مثل كيله فيأخذ من الحنطة الشعير والسلت بعضها من بعض وأنواع الذهب بعضه من بعض ووجه ذلك ان هذا من باب البدل وليس من البيع ولذلك جوز بدل الحنطة بالحنطة وقصر على المماثلة ولو كان من باب المبايعة لما قصر على المثل وكذلك القرض وان كانت صورته صورة معاوضة فليس من باب المبايعة لانه مقصور على المساواة والمماثلة ولما كانت الحنطة والشعير من جنس واحد كان بعضها من بعض مبادلة وتحرير ذلك أن كل ما يحرم التفاضل فيه يجوز أخذه بدلا منه كالنوع الواحد يأخذ منه أفضل مما له أو أدنى وأما ما يحرم التفاضل فيه فانه لا يجوز أخذه عنه فلا يأخذ تمرا من قمح لانه من بيع الطعام قبل

* قال مالك من سلف فى حنطة شامية فلا بأس أن يأخذ محمولة بعد محل الأجل * قال مالك وكذلك من سلف فى صنف من الأصناف فلا بأس أن يأخذ خيرا مما أسلف فيه أو أدنى بعد محل الأجل وتفسير ذلك أن يسلف الرجل فى حنطة محمولة فلا بأس أن يأخذ شعيرا أو شامية وان سلف فى تمر عجوة فلا بأس أن يأخذ صيحانيا أو جمعا وان سلف فى زبيب أحمر فلا بأس أن يأخذ أسود اذا كان ذلك كله بعد محل الأجل اذا كانت مكيلة ذلك سواء بمثل كيل ما سلف فيه

استيفائه وان كان من قرض دخله بيع الطعام نساء (مسئلة) فان أخذ منه أقل من ذلك الكيل أدنى نوعا مثل أخذ عشرة أرادب شعيرا من عشرين أردبا من حنطة فقد قال محمد عن مالك لا يجوز ذلك ومعنى ذلك والله أعلم أن يأخذ عوضا عن جميع القمح ولو أخذ العشرة أقفزة عن عشرة أقفزة فحا ثم وهبها زاد على ذلك من غير شرط وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة فيمن كان له مائة أردب تمرا فأخذ منه خمسين أردبا محمولة ان كان انما صالح بها على وجه المبايعة فلا يجوز وان كان انما أخذ منه خمسين أردبا محمولة ثم حط عنه الثانى بغير شرط فلا بأس به وجوز ابن القاسم ما هو أشد منه فمن كان له على أجل مائة أردب تمرا فلما حان الاجل أخذ منه خمسين أردبا محمولة ثم وهبه الباقى من غير شرط ان ذلك لا بأس به وهذا أشد وأقوى من

وأرفع الجودة (مسئلة) ولا يجوز قبل الاجل أن يأخذ منه الا مثل ماله عليه فى النوع والقدر لان ذلك يدخله بيع الطعام قبل استيفائه وبيع الطعام بالطعام كما لا يجوز أن يأخذ قبل الاجل من نوعه أجود أو أدنى ويجوز ذلك باتفاق عنده (مسئلة) ولا يجوز أن يأخذ من الذى عنده القرض أو السلم من غير ذلك النوع مثل تلك المكيلة وان حل الاجل حتى (١) قاله ابن القاسم قال لانه يصير حوالة والحوالة عند مالك بيع من البيوع ومعنى ذلك أن يحمل الذى له الى الجنس الذى أخذه وذلك بيع أحدهما بالآخر فيدخله فى القرض طعام بطعام من غير جنسه وذلك غير جائز ويدخله فى السلم مع ما ذكرناه بيع الطعام قبل استيفائه وانما جاز أن يؤخذ الورق من الذهب والذهب من الورق فى القرض والبيع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز أن يأخذ الحنطة من الشعير والسلت ويأخذ بعضها من بعض لانها جنس واحد ومن قال ان العلس من جنسها يجب أن يكون الاخذ منها ويأخذ أنواع التمر بعضها من بعض وكذلك الزبيب ويأخذ عن نوع ما لا يستحيا من الطير نوعا آخر على تحرى الوزن أكثر عددا أو أقل عددا فان كانت على العدد لم يجز الا أن يكون من نوعه رواه فى العتبية سحنون عن ابن القاسم ومعنى ذلك ان الطير يختلف قدره باختلاف نوعه ويتفاوت فلا يجوز بعضه ببعض عددا اذا كان معناه اللحم وانما يجوز على تحرى ما فيه من اللحم والمساواة فيه على قول من أجاز التحرى فيه وأما اذا كان نوعا واحدا فانه يتساوى لانه انما يأخذ منه مثل الذى سلم اليه فيها قدرا وغير ذلك وليس فيه شئ من البدل (مسئلة) ولا يأخذ الدقيق من الحنطة فى البيع ولا بأس به فى القرض قاله ابن القاسم وأشهب وجه ذلك على قول من لا يجيز بيع الدقيق بالحنطة لعدم التماثل بينهما وأما على قول من يجيز ذلك ويرى التماثل بالوزن فلا يجوز الانتقال من مقدار الى مقدار وأما على قول من لا يرى التماثل فيهما الا بالكيل فنع من ذلك فى مسئلتنا

(١) هكذا بياض بالأصل

﴿ تم الجزء الرابع بحمد الله وحسن عونه ＊ ويليه الجزء الخامس أوله بيع الطعام بالطعام ﴾

﴿ فهرسة الجزء الرابع من كتاب المنتقى تأليف القاضي أبي الوليد الباجي رحمه الله ﴾

صحيفة

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت الفهرست ﴾



